



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

중국 반독점법상 시장지배적 지위  
남용에 관한 연구  
- 위법성 판단을 중심으로 -

2019년 8월

서울대학교 법학대학원  
법학과 경제법전공  
조 청

# 중국 반독점법상 시장지배적 지위 남용에 관한 연구

- 위법성 판단을 중심으로 -

지도교수 이 봉 의

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2019년 4월

서울대학교 법학대학원

법학과 경제법전공

조 청

조청의 박사학위논문을 인준함

2019년 6월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부 위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국문초록

본 논문은 중국 반독점법(“반독점법”) 제3장 제17조 제1항에서 열거된 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준에 관한 연구이다. 동항은 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 제1호 내지 제7호는 총 7가지의 행위유형을 열거하고 있다. 그중 제1호의 ‘불공정한 고가판매 또는 불공정한 저가구매 행위’와 제7호의 ‘국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위’ 이외에, 나머지 제2호 내지 제6호는 모두 정당한 이유가 없는 일정한 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있다.

반독점법 제17조 제2항에 따르면, 시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 기타 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력을 갖춘 시장 지위를 말한다. 따라서 시장지배적 지위를 가진 사업자를 인정함에 있어서는 ‘관련시장’을 확정할 필요가 있을 것이다. 그러나 최고인민법원은 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 시장지위와 행위의 효과를 평가할 수 있다고 판시한 바 있다. 이러한 판시는 후속 판결에서도 인용되고 있다. 따라서 남용 사건에서 언제나 관련시장, 시장지배적 지위와 경쟁제한효과를 순차적으로 판단하여야 하는지에 대한 검토가 필요할 것이다.

한편, 반독점법 제1장 총칙 제6조는 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 중국의 법원과 반독점집행기구의 실무는 이 조항을 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단하는 일반적인 기준으로 삼고 있다. 그런데 실무에서 법원과 반독점집행기구는 구체적으로 관련시장에서 행위자와 경쟁사업자의 시장점유율 변화, 시장진입상황, 시장경쟁의 치열한

정도 등을 검토하여 특정 행위의 위법성을 판단한 경우도 있고, 행위 자체의 불공정성으로부터 위법성을 도출한 경우도 있다. 즉, “경쟁을 배제·제한”한다는 반독점법 제6조를 적용함에 있어서 그 접근방법에 일관성이 보이지 않는다.

나아가 “경쟁을 배제·제한”이라는 요건으로는 이른바 착취남용을 적절히 포섭하기 어렵다는 문제점이 있다. 중국의 법원과 반독점집행기구는 실무에서 착취남용이라는 용어를 사용한 바 없으나 사실상 소비자이익을 저해하는 행위를 규제하고 있다. 중국에는 법령에 근거한 독점적 사업자가 거래상대방을 착취하는 현상이 아직 만연해 있고, 개별 소비자가 대 기업을 상대로 제기한 민사소송이 전체 반독점 민사소송에서 상당한 비중을 차지하고 있다는 현실을 감안할 때, 착취남용의 위법성 판단기준을 구체적으로 밝힐 필요가 있다.

또한, 현재 중국의 학계에는 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위의 관계를 둘러싼 논란이 있는데, 이러한 논란은 역시 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준이 제대로 정립되지 못한 상황과 연관되어 있다. 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준을 규명하여야 시장지배적 지위와 거래상 지위의 관계를 명확하게 정리할 수 있을 것이다.

본 논문은 위와 같은 문제의식에서 출발해서, 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단과 관련하여 ① 관련시장, 시장지배적 지위와 경쟁제한 효과를 순차적으로 검토할 필요가 있는지, ② 착취남용의 위법성 판단기준은 무엇인지, ③ “경쟁을 배제·제한”하는 행위(“방해·배제남용”)의 위법성 판단기준은 어떠한지, ④ 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용은 어떤 관계에 있는지를 연구내용으로 한다. 아래에서 차례로 살펴본다.

첫째, 시장지배적 지위 남용행위를 규제함에 있어서는 관련시장의 확정, 시장지배적 지위의 인정, 남용 여부의 판단을 차례대로 진행할 필요가 있다. 동일한 행위라도 행위자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여

부에 따라서 경쟁정책적 평가가 다르게 나타날 수 있기 때문이다.<sup>1)</sup> 그리고 시장지배적 지위가 소재한 시장과 경쟁을 배제·제한하는 효과("경쟁 제한효과")가 발생하는 시장이 동일하지 않을 수 있고, 경쟁제한효과를 판단할 때도 관련시장을 확정할 필요가 있다.<sup>2)</sup> 경쟁제한효과가 발생한 범위를 기준으로 관련시장을 확정한다면 그러한 관련시장에서 경쟁제한 효과가 언제나 인정되는 불합리가 발생할 수 있다.<sup>3)</sup> 또한, 시장지배적 지위 남용행위와 경쟁제한효과 사이에 인과관계가 있어야 하는데, 경쟁 제한효과가 실제로 발생했는지 여부는 남용행위 이외에 다른 여러 측면에서 영향을 받을 수 있다.<sup>4)</sup> 경쟁제한효과의 부존재로부터 시장지배적 지위의 존재나 남용행위의 위법성을 부정하는 것이 바람직하지 않을 수 있다.

둘째, 착취남용행위는 오히려 경쟁사업자에게 유리하고 경쟁을 촉진할 수 있기 때문에,<sup>5)</sup> 착취남용행위는 일반적으로 독과점이 고착되고 신규진입이 용이하지 않은 시장에서 발생할 것이다. 따라서 착취남용행위의 위법성은 "경쟁을 배제·제한"이 아니라 시장지배적 사업자의 독점적 이익의 과도한 실현이나 거래상대방 이익의 현저한 저해에서 찾아야 한다. 거래상대방 이익 저해 현저성의 판단기준은 한국 대법원의 판시를 참고할 수 있다. 즉, 거래상대방의 이익 저해가 현저한지 여부는 관련 상품이나 용역의 특징, 이익이 저해되는 거래상대방의 범위, 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건, 거래조건 등의 변경을 전후한 시장지배적 사업자의 비용 변동 정도, 당해 상품 또는 용역의 가격 등과 경제적 가치와

1) 홍명수, 「경제법론 I」, 경인문화사, 2008, 114면.

2) 홍대식·정성무, "관련시장 확정에 있어서의 주요 쟁점 검토-행위 유형별 관련시장 확정의 필요성 및 기준을 중심으로", 「경쟁법연구」, 제23권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2011, 308-309면; 홍명수, 「경제법론 III」, 경인문화사, 2013, 121면; 이봉의, "공정거래법상 부당한 사업활동방해의 경쟁제한성 판단 - 현대·기아차 판결을 중심으로", 「법학논문집」, 제41집, 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2017, 156-157면.

3) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 330면.

4) 참고: 한도율, "경쟁과 경쟁의 실질적 제한의 의의", 「경쟁법연구」, 제38권, 한국경쟁법학회 편, 법문사, 2018, 132-133면.

5) 착취남용행위가 있는 경우 오히려 독점은 약화될 가능성이 있다. 이민호·주현영, "시장지배적 지위 남용행위의 '부당성'에 관한 연구", 「사법」, 제22호, 사법발전재단, 2012, 106면.

의 차이 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.<sup>6)</sup>

셋째, 방해·배제남용행위의 위법성은 “경쟁을 배제·제한”하는 효과, 즉, 경쟁제한효과의 발생이나 발생할 우려가 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 경쟁제한효과 판단기준의 정립에 관하여, 한국 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준(“심사기준”）」<sup>7)</sup>을 참고할 수 있다. 즉, 가격상승 또는 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해, 봉쇄효과, 경쟁사업자의 비용 상승 효과 등과 같은 경쟁제한효과의 판단요소를 제시하고 관련된 예시를 제시하는 방법은 바람직할 것이다.

넷째, 한국의 법규와 규제 실무에 비추어 보면, 사업자가 거래상 우월적 지위가 있음을 이용하여 열등한 지위에 있는 거래상대방에 대해 일방적으로 물품 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하므로 금지된다[불공정거래행위 심사지침 V. 6. (1)].<sup>8)</sup> 거래상 지위는 계속적인 거래 관계의 존재와 일방의 타방에 대한 거래의존도에 따라 판단하는 것이다. 따라서 거래상 지위의 인정은 관련시장의 독과점 구조와 무관하다. 거래상 지위 남용행위의 위법성도 관련시장에서의 경쟁제한성에서 찾는 것이 아니라 공정한 거래질서의 저해에서 찾는 것이다.

마지막으로 현재 중국 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단에 관한 핵심적인 문제점은 제1장 제6조에 있는 것으로 보인다. 동조(同條)는 시장지배적 지위 남용의 위법성을 경쟁제한성으로 한정하고 있다. 그러나 경쟁제한성이라는 위법성 판단기준은 제3장에서 착취남용의 규제조항과 조화롭지 않은 측면이 있다. 시장지배적 지위 남용의 위법성을 판단

6) 참고: 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결.

7) 시장지배적지위 남용행위 심사기준[시행 2015. 10. 23.] [공정거래위원회고시 제 2015-15호, 2015. 10. 23., 일부개정].

8) 불공정거래행위 심사지침[시행 2015. 12. 31.] [공정거래위원회예규 제241호, 2015. 12. 31., 일부개정].

하는 일반적인 기준으로서 경쟁을 배제·제한하는 행위뿐만 아니라 거래 상대방을 착취하는 행위도 포섭할 필요가 있다. 따라서 현재 제1장에 있는 제6조를 제3장으로 옮기고, 그 내용도 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하거나 소비자를 포함한 거래 상대방을 착취하여서는 아니 된다는 식으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

**주요어** : 중국 반독점법, 시장지배적 지위, 거래상 지위, 착취남용, 방해·배제남용, 경쟁제한효과

**학 번** : 2013-30794



# 목 차

제1장 서론 .....	1
I. 연구의 배경과 목적 .....	1
II. 연구의 범위와 방법 .....	2
제2장 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개관 6	
제1절 시장지배적 지위 남용규제의 목적 .....	6
I. 반독점법의 입법목적 .....	6
1. 공정한 경쟁의 보호 .....	6
2. 효율성의 제고 .....	9
3. 소비자 이익의 보호 .....	10
4. 사회공공이익의 보호 .....	11
5. 사회주의 시장경제 건전한 발전의 촉진 .....	12
II. 다원적 가치의 우선순위를 둘러싼 논란 .....	13
III. 남용규제 고유의 목적 .....	16
제2절 시장지배적 지위 남용의 규제체계 .....	18
I. 반독점법 .....	18
II. 반독점위원회의 지침 .....	18
III. 반독점집행기구의 "부문규장(部門規章)" .....	20
1. 반독점집행기구(삼두마차-기구통합) .....	20

2. 반독점집행기구의 부문규장("部門規章") .....	21
3. 소송에서 "부문규장"의 역할 .....	22
IV. 민사소송에 적용하는 최고인민법원의 규정 .....	23
<b>제3절 시장지배적 지위 남용의 성립요건 .....</b>	<b>25</b>
I. 시장지배적 지위 .....	25
II. 시장지배적 지위 남용행위 .....	31
1. 불공정한 고가판매/저가구매행위 .....	31
2. 약탈적 가격의 설정 .....	37
3. 거래거절 .....	38
4. 배타적 거래 .....	41
5. 끼워팔기와 불공정한 거래조건의 부과 .....	43
6. 차별취급 .....	45
7. 기타 시장지배적 지위 남용행위 .....	47
III. 경쟁을 배제·제한하는 효과 .....	48
1. 효과요건이 요구되는지 - 입법구조에서 초래한 논란 .....	48
2. 규제 실무에서 드러난 경향 - 효과요건 필요 .....	51
3. 경쟁 배제·제한 효과의 함의 .....	53
(1) 학계의 해석: 경쟁방해효과·경쟁배제효과 .....	54
(2) 최고인민법원 판례의 시사점: 방해효과·배제효과 .....	55
IV. 정당한 이유 - 위법성 조각 사유 .....	56
<b>제4절 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 .....</b>	<b>60</b>

### 제3장 중국 남용규제를 둘러싼 쟁점 ..... 70

#### 제1절 관련시장 확정, 지배적 지위 인정 생략할 수 있는지 70

- I. 쟁점의 촉발 - 치후 v. 텐센트 판결을 계기로 ..... 70
- II. 학술계의 논란 ..... 74
- III. 후속판례에서 시장지배적 지위 인정 없이 위법성 판단의 허용 76
- IV. 소결 ..... 79

#### 제2절 남용행위의 위법성 판단기준 ..... 83

- I. 위법성의 판단기준: 불공정성? 경쟁제한성? ..... 83
- II. 치후 v. 텐센트 판결 - 소비자 이익 침해, 경쟁 제한 ..... 84
  - 1. “양자택일” 행위의 위법성 판단 ..... 85
    - (1) 소비자 이익을 침해하는지 여부 ..... 85
    - (2) 경쟁을 제한하는지 여부 ..... 85
    - (3) 결론 ..... 87
  - 2. 패키지 설치행위의 위법성 판단 ..... 87
    - (1) 끼워팔기 금지의 5가지 요건 ..... 87
    - (2) 경쟁제한효과 존재 여부 ..... 88
    - (3) 합리성 존재 여부 ..... 89
    - (4) 강제성 존재 여부 ..... 89
    - (5) 결론 ..... 89
- III. 치후 v. 텐센트 판결 후 실무에서 적용된 위법성의 판단기준 · 90

1. 쉐컴 사건 - 거래조건의 불공정성 .....	90
(1) 불공정한 높은 실시료의 인정 .....	91
(2) SEPs와 비-SEPs 라이선스 끼워팔기의 인정 .....	94
(3) 불공정한 거래조건 부과의 인정 .....	95
2. 오효진 v. 방송국 사건 - 소비자 선택권의 제한 .....	97
3. 테트라팩 사건 - 경쟁사업자의 비용상승 .....	99
(1) 끼워팔기의 인정 .....	100
(2) 배타적 거래의 인정 .....	104
(3) 경쟁제한적 충성리베이트의 인정 .....	105
IV. 소결 .....	108
<b>제3절 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계 ·</b>	<b>111</b>
<b>제4절 소결 .....</b>	<b>117</b>

## **제4장 한국공정거래법상 남용규제의 시사점 .....**

<b>제1절 관련시장 확정과 지배적 지위 인정의 필요성 .....</b>	<b>122</b>
I. 관련시장 확정과 지배적 지위 인정의 필요성 .....	122
II. 지위관련시장, 행위관련시장과 효과관련시장의 구분 .....	124
III. 경쟁제한효과로부터 관련시장을 추론할 수 있는지 .....	125
<b>제2절 남용행위의 위법성 판단기준 .....</b>	<b>128</b>
I. 착취남용과 방해·배제남용의 구별 .....	128
II. 규제 실무로 보는 착취남용의 위법성 판단기준 .....	133

1. 부당한 가격 결정행위 .....	133
(1) 제과 3사의 용량 감량 사건 .....	134
(2) 현대자동차의 트럭과 버스 가격 인상 사건 .....	134
2. 부당한 출고조절행위 .....	135
(1) 남양유업 조제분유 출고량 조절 사건 .....	135
(2) 대두유제품 출고량 조절 사건 .....	136
3. 소비자 이익의 현저한 저해행위 .....	138
(1) 채널편성 변경 사건 .....	138
(2) 저가 단체계약 시청서비스 폐지 사건 .....	140
(3) 멜론 사건 .....	142
4. 소결 .....	143
Ⅲ. 규제 실무로 보는 방해·배제남용의 위법성 판단기준 .....	145
1. 부당한 사업활동 방해행위 .....	145
(1) 포스코 거래거절 사건 .....	145
(2) 멜론 사건 .....	154
(3) 현대·기아 자동차 사건 .....	156
2. 부당한 경쟁사업자 배제행위 .....	157
(1) 농협중앙회 배타 조건부 거래 사건 .....	158
(2) 지마켓 배타 조건부 거래 사건 .....	160
(3) 쿠팡 조건부 리베이트 사건 .....	161
3. 소결 .....	164
<b>제3절 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 구별 ·</b>	<b>166</b>

I. 거래상 지위 남용규제의 목적과 규제의 필요성 .....	166
II. 거래상 지위 .....	169
III. 거래상 지위 남용행위 .....	172
1. 구입강제 .....	173
2. 이익제공강요 .....	176
3. 판매목표강제 .....	177
4. 불이익제공 .....	179
5. 경영간섭 .....	185
IV. 공정거래 저해성 .....	186
V. 소결 .....	188

## **제5장 중국 남용규제의 개선방안 ..... 190**

I. 시장지배적 지위 남용 주체 법리의 확립 .....	190
II. 착취남용의 위법성 판단기준의 정립 .....	192
III. 방해·배제남용의 위법성 판단기준의 정립 .....	194
IV. 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 구별 .....	198
V. 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개정 건의 .....	200

## **참고문헌 ..... 204**

## **Abstract ..... 215**

## 표 목 차

[표 1] 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 대조표 .....	61
[표 2] 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개정 건의 대조표 ....	200

# 제1장 서론

## I. 연구의 배경과 목적

반독점법 제3장(시장지배적 지위 남용) 제17조 제1항은 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 제1호 내지 제7호는 총 7가지의 행위유형을 열거하고 있다. 그중 제1호 불공정한 고가판매 또는 불공정한 저가구매행위와 제7호 국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위 이외에, 나머지 제2호 내지 제6호는 모두 정당한 이유가 없는 일정한 행위를 금지하는 형식으로 규정되어 있다.

반독점법 제17조 제2항에 따르면, 시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 기타 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력을 갖춘 시장 지위를 말한다. 따라서 시장지배적 지위를 가진 사업자를 인정함에 있어서는 관련시장을 확정하여야 할 것이다. 그러나 최고인민법원은 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 시장지위와 행위의 효과를 평가할 수 있다고 판시한 바 있고, 후속 판결에서도 이러한 판시를 인용하고 있다. 따라서 관련시장, 시장지배적 지위와 경쟁제한효과를 순차적으로 검토할 필요가 있는지에 대한 연구가 필요할 것이다.

그리고 반독점법 제1장 총칙 제6조는 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 규제 실무에 비추어 보면, 법원과 반독점집행기구는 제6조를 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준으로 삼고 있다. 그런데 실무에서 법원과 반독점집행기구는 구체적으로 관련시장에서 행위자와 경쟁사업자 시장점유율의 변화, 시장진입상황, 시장경쟁의 치열한 정



도를 검토함으로써 행위의 위법성을 판단한 경우도 있고, 행위의 불공정성으로부터 위법성을 추론한 경우도 있다. 따라서 “경쟁을 배제·제한”을 판단함에 있어서 접근방법의 일관성이 보이지 않는다.

나아가 “경쟁을 배제·제한”이라는 기준으로 착취남용을 적절히 포섭하기 어렵다는 문제점이 있다. 중국의 법원과 반독점집행기구도 실무에서 착취남용이라는 용어를 사용한 바 없지만, 사실상 소비자 이익을 저해하는 행위를 규제하고 있다. 중국에는 법령에 근거한 독점적 사업자가 거래상대방을 착취하는 현상이 아직 만연해 있고, 개별 소비자가 대기업을 상대로 제기한 민사소송이 전체 반독점 민사소송에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 이러한 현실을 감안할 때, 착취남용의 위법성 판단기준을 밝힐 필요가 있다.

한편, 중국 학계에서 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위의 관계를 둘러싼 논란이 있는데, 이러한 논란은 역시 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준이 제대로 정립되지 못한 현황과 연관되어 있다. 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준을 규명하여야 시장지배적 지위와 거래상 지위의 관계를 정리할 수 있을 것이다.

본 논문은 위와 같은 문제의식에서 출발하여, 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단과 관련해서 ① 관련시장, 시장지배적 지위와 경쟁제한 효과를 순차적으로 검토할 필요가 있는지, ② 착취남용행위의 위법성 판단기준은 무엇으로 하여야 할지, ③ 경쟁을 배제·제한하는 효과는 어떤 기준으로 판단하여야 할지, ④ 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용은 어떤 관계에 있는지를 연구하고자 한다.

## II. 연구의 범위와 방법

본 논문은 반독점법 제3장 제17조 제1항에서 열거하고 있는 “시장지배

적 지위 남용행위”의 위법성을 연구 대상으로 한다. 이와 관련된 이론과 실무에서 나타난 문제점이나 쟁점, 즉, 관련시장, 시장지배적 지위에 대한 인정 없이 경쟁제한효과로부터 위법성의 유무를 판단할 수 있는지, 착취남용행위의 위법성은 어떤 기준으로 판단하여야 할지, '경쟁을 배제·제한'하는 행위의 위법성을 판단할 때 접근방법은 어떻게 하여야 할지, 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용은 어떤 관계에 있는지에 초점을 맞춰서 연구하고자 한다.

한편, 한국에서는 일찍이 포스코 판결을 계기로 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용의 인정요건에 해당하는지, 경쟁제한효과의 의미와 입증방법을 둘러싸고 전면적인 연구를 진행해왔으며, 미국, EU, 독일, 일본에서의 관련 논의에 대한 비교법 연구를 역시 심도 있게 전개해왔다. 그간 한국에서의 연구성과, 심결례, 심사기준의 개정 등은 이제야 유사한 상황에 부딪치고 있는 중국 시장지배적 지위 남용의 규제에 유익한 시사점을 제공할 수 있다. 따라서 본 논문은 한중비교의 방법으로 한국의 법적 논의를 중국 시장지배적 지위 남용규제에 접목하고자 한다.

제2장에서는 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제를 개관한다. 먼저 제1절에서 시장지배적 지위 남용규제의 목적에 관한 논의를 살펴보고, 제2절에서 현재 중국에서 시장지배적 지위 남용규제에 관한 규제체계의 정비상황을 살펴본다. 제3절에서는 시장지배적 지위 남용의 성립요건, 즉, 시장지배적 지위, 남용행위, 경쟁을 배제·제한하는 효과 및 위법성조각 사유로서의 정당한 이유를 차례대로 살펴본다. 제4절에서는 지금 논의 중인 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 중에서 시장지배적 지위 남용규제와 관련된 부분을 살펴본다.

제3장에서는 본격적으로 중국 남용규제를 둘러싼 쟁점을 검토한다. 제1절에서는 관련시장의 확정과 시장지배적 지위에 대한 인정 없이 경쟁제한효과로부터 위법성의 유무를 인정할 수 있는지에 관한 중국최고인민법원의 판시와 학계의 관련 논의를 검토한다. 제2절에서는 규제 실무에서 적용된 경쟁제한효과의 판단기준을 검토한다. 제3절에서는 반독점법이

제정되기 전부터 존재하였고 2017년 개정된 「반부정당경쟁법」<sup>9)</sup>의 개정 과정에서 다시 부상되는 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계문제를 검토한다.

제4장에서는 위 쟁점들에 초점을 맞춰서 한국 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(“공정거래법”)」상 남용규제의 관련 논의를 살펴본다. 제1절에서 관련시장 확정과 시장지배적 지위 인정의 필요성을 검토하고, 제2절에서는 남용행위의 위법성 판단기준을 살펴보고, 제3절에서는 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계를 살펴본다.

제5장에서는 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개선방안을 제시하고자 한다. 개선방안으로서 우선, 시장지배적 지위 남용 주체 범리의 확립이 필요할 것이고, 그다음에 착취남용과 방해·배제남용을 구별하여 각자의 특성에 맞는 위법성 판단기준을 밝히는 것은 바람직할 것이다. 한편, 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계에 관하여, 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 규제목적과 위법성 판단기준이 서로 다르다. 따라서 기존의 반독점법에 거래상 지위 남용규제를 도입하고자 하면, 시장지배적 지위 남용규제의 틀에 거래상 지위 남용규제 조항 하나만 더 추가하여서는 타당하지 않고, 거래상 지위 남용의 독자적 성립요건을 정립할 필요가 있을 것이다.

마지막으로 현재 중국 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단에 관한 핵심적인 문제점은 제1장 제6조에 있는 것으로 보인다. 동조(同條)는 시장지배적 지위 남용의 위법성을 경쟁제한성으로 한정하고 있다. 그러나 경쟁제한성이라는 위법성 판단기준은 제3장에 있는 착취남용의 규제조항과 조화롭지 않은 측면이 있다. 시장지배적 지위 남용의 위법성을 판단하는 일반적인 기준으로서 경쟁을 배제·제한하는 행위뿐만 아니라

---

9) 「중화인민공화국반부정당경쟁법(中華人民共和國反不正當競爭法)」, 1993년 9월 2일 제8회 전국인민대표대회 상무위원회 제3차 회의에서 통과되고, 2017년 11월 4일 제12회 전국인민대표대회 상무위원회 제30차 회의에서 개정된다(1993年9月2日第八屆全國人民代表大會常務委員會第三次會議通過 2017年11月4日第十二屆全國人民代表大會常務委員會第三十次會議修訂).

거래상대방을 착취하는 행위도 포섭할 필요가 있다. 따라서 현재 제1장에 있는 제6조를 제3장으로 옮기고, 그 내용도 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하거나 소비자를 포함한 거래상대방을 착취하여서는 아니 된다는 식으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

## 제2장 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개관

### 제1절 시장지배적 지위 남용규제의 목적

#### I. 반독점법의 입법목적

시장지배적 지위 남용은 부당한 공동행위, 경쟁제한적 기업결합과 함께 반독점법상 3대 반경쟁적 행위로서 규제되며, 그 규제목적은 일차적으로 반독점법의 제정목적과 같이 이해하여야 한다. 반독점법은 반경쟁적 행위를 방지와 규제함으로써 공정한 경쟁의 보호, 효율성의 제고, 소비자 이익과 사회공공이익의 보호, 사회주의 시장경제의 촉진이라는 다원적 목적으로 제정된 것이다(반독점법 제1조). 그러나 이러한 다원적 목적 사이에 충돌이 발생할 수 있고, 목적 자체 용어상의 불명확성 문제가 내재하고 있다.<sup>10)</sup>

#### 1. 공정한 경쟁의 보호

반독점법의 입법기관인 “전국인민대표대회 상무위원회”의 해석에 의하면, 반독점법에서 이른바 ‘공정한 경쟁’의 보호는 다수 사업자의 경제활

---

10) 于立·吳續亮, “試析反壟斷經濟學的學科定位—兼評布西羅塞「反壟斷經濟學手冊」”, 「經濟与管理研究」, 第4期, 首都經濟貿易大學, 2009, 14면.

동의 자유를 보호하는 취지로 개별 사업자가 시장지배력을 남용하여 가격을 조종하거나 다른 거래조건을 강제로 부과하는 행위를 규제하는 것이다.<sup>11)</sup> 따라서 반독점법은 시장에서 경쟁의 존재 여부라는 문제를 다루는 것이고, 「반부정당경쟁법」은 경쟁이 이루고 있는 전제 아래서 부정당한 경쟁을 다루는 것이다.

그리고 공정한 경쟁질서는 반경쟁적 행위를 방지와 규제를 통해서 달성하는 직접 목적이며, 공정한 경쟁이 다른 목적과 충돌되는 경우에는 우선적 고려될 필요가 있다고 보는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이에 따르면, 공정한 경쟁질서의 수립은 사업자들이 시장경쟁 중에서 균등한 경쟁 기회를 누릴 수 있도록 보장해주고 효율적인 사업자가 경쟁 중에서 강대해질 수 있도록 하여 최종적으로 소비자와 경제 전체에 이로울 것이다.<sup>13)</sup>

한편, 경쟁제한행위를 규제함으로써 다수의 사업자를 위하여 경쟁에 참여하는 권리를 도모하는 것은 공정한 경쟁이 아니라 경쟁의 자유에 대한 보호라고 보는 견해도 있다.<sup>14)</sup> 이에 따르면, 반독점법에서 자유경쟁을 언급하지 않은 이유는 자유경쟁을 보호하지 않다는 뜻이 아니라, 단지 ‘자유경쟁’이라는 표현이 아직 중국 사회에서 보편적으로 받아들이지 않는 개념이기 때문일 뿐이다.<sup>15)</sup> 다시 말하면, 반독점법은 부당한 공동행위, 경쟁제한적 기업결합, 시장지배적 지위 남용을 비롯한 경쟁을 배제·제한하는 행위로부터 경쟁의 자유를 보호하는 것이다. 반면에, 「반부정당경쟁법」은 시장에서 사업자 간의 경쟁행위 중의 부정당한 경쟁행위의 규제에 중점을 두고 있다. 즉, 반독점법의 관심사는 경쟁의 자유이고, 반부정당경쟁법의 관심사는 경쟁수단의 공정성이다. 물론 시장지배적 지위 남용과 같은 경우에는 시장지배적 사업자의 행위에는 불공정성도 있지만, 반독점법으로 해당 행위를 규제하는 이유는 행위의 불공정성이 아니

---

11) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 「中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定」, 北京大學出版社, 2007, 3면.

12) 時建中, 「反壟斷法 - 法典釋評與學理探源」, 中國人民大學出版社, 2008, 2면.

13) 時建中, 같은 책, 2면.

14) 王曉曄, 「反壟斷法」, 法律出版社, 2011, 34-35면.

15) 王曉曄, 같은 책, 34-35면.

라 당해 행위를 통해서 지배적 지위를 더 공고히 하여 경쟁의 여건을 더 악화시킬 수 있기 때문이다.<sup>16)</sup> 이러한 해석은 셔먼법의 입법 정신과 질서자유주의의 기본이념과 일치한 측면이 있는 것으로 보인다.

경쟁법은 고전적 자유주의 몰락에 따라서 형성된 것이다.<sup>17)</sup> 자유자본주의 시대에, 시장을 지배할 정도로 강대한 사적 경제력은 아직 형성되지 못해서 자유경쟁을 방해하는 독점문제는 제기되지 않았다. 19세기, 자본주의는 독점단계까지 이르고, 사회에서 경제력의 남용, 중소기업자의 파산, 실업, 환경오염, 빈부격차의 확대 등 문제가 나타났다. 이러한 배경에서 개인주의와 자유주의의 폐단에 대한 반성이 시작되었다. 경쟁 중에서 형성된 경제력은 정부의 행정력과 마찬가지로 경쟁을 제한할 수 있는 것으로 인식되기 시작하였다. 이러한 상황에서 정부는 민법상 소유권의 보장, 의사자치, 과실책임 등 원칙을 전면적으로 수정하면서 경제활동에 대한 간여를 강화하였다.

일반적으로 1890년 제정된 미국 셔먼법은 반독점법의 모범으로 평가된다. 셔먼법 제안된 논거 중의 하나가 바로 "우리가 정치 권력의 왕을 받아들이지 못한다면 생필품의 생산, 운송, 판매를 지배하는 왕을 받아들이지 못한다. 우리가 황제에 굴복할 수 없다면, 우리가 거래의 독재자에 굴복할 수 없다."라는 것이다.<sup>18)</sup>

20세기 30년대 자본주의국가에서 전례가 없는 경제위기가 나타나면서 애덤 스미스의 자유 방임주의 이론은 곤란을 겪게 되었다. 이러한 상황에서 독일 프라이부르크 학파는 자유 중에서 질서를 모색하는 사상을 제기하였다.<sup>19)</sup> 이러한 질서는 개인의 자유를 보장하면서 자유의 남용을 제

---

16) 王曉曄, 같은 책, 34-35면.

17) 江帆, "競爭法의思想基礎與價值共識", 「現代法學」, 第41卷 第2期, 西南政法大學, 2019, 138-139면.

18) Senator John Sherman's speech: "...If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade ..."

19) 江帆, 앞의 논문, 140면.

한하고, 국가나 사인에게 경제력의 집중을 방지하는 것이다. 즉, 경쟁법의 목적은 경제의 자유를 보호하는 것이지만, 보호하는 수단은 자유에 대한 국가의 간여이다.<sup>20)</sup> 다만, 국가의 역할에는 한계가 있다. 국가는 오직 입법의 방식으로 독점을 규제함으로써 자유경쟁을 보호하여야 한다. 여기서 말하는 입법은 바로 경쟁의 자유를 보호하는 경제의 헌법으로서의 경쟁법이다. 경쟁법은 일반적으로 시장진입과 퇴출의 자유, 사업내용, 사업장소, 방식과 수단 선택의 자유, 거래조건 선택의 자유 등을 보장한다.<sup>21)</sup> 질서자유주의는 독일 경쟁질서 이념의 형성에 영향을 미쳤을 뿐만 아니라 20세기 후기 유럽 내지 전 세계 경쟁법의 발전에 영향을 미쳤다.<sup>22)</sup>

## 2. 효율성의 제고

반독점법의 입법기관인 “전국인민대표대회 상무위원회”의 해석에 의하면, 경쟁 메커니즘의 보호를 통해서 자원의 배분 효율성을 달성하여 전체의 경제적 효율성을 제고하는 것은 반독점법 입법목적 중의 하나가 된다.<sup>23)</sup> 이러한 해석에 따르면, 경쟁의 압력 아래서 사업자는 시장에서 생존하기 위해서 비용을 낮추고 생산 효율성을 높임으로써 양질 염가의 상품을 제공하여야 한다. 생산적 효율성이 높은 사업자는 가격 신호를 통해서 생산 효율성이 낮은 사업자로부터 자원을 빼앗을 수 있으므로 자원을 효율적으로 사용할 수 있다. 경제적 효율성의 제고는 효율적 자원 배분을 통해서 사회 전체 구성원의 부(富)의 총량의 최대화를 의미한다. 반독점법을 통해서 경쟁 메커니즘을 보호하는 것은 일정한 경쟁 환경을 유지하는 것이다. 이러한 경쟁 환경 속에서, 수많은 사업자와 소비자는 가

---

20) 江帆, 같은 논문, 137면.

21) 江帆, 같은 논문, 143면.

22) 江帆, 같은 논문, 141면.

23) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 앞의 책, 2면.



격 신호에 따라서 자율적으로 결정하고 상호 작용하여 자원 배분을 최적화함으로써 전체의 경제적 효율성을 제고하여 사회 전체 구성원에게 혜택을 줄 수 있다. 이러한 의미에서 반독점법에서 효율성의 제고라는 목적은 총잉여(total surplus)의 증가를 가리키는 것으로 이해할 수 있다.<sup>24)</sup>

### 3. 소비자 이익의 보호

반독점법에는 입법목적으로서 소비자 이익의 보호를 나열하고 있지만, 소비자 이익의 함의를 제시하지 않고 있다. 반독점법의 입법기관인 “ 전국인민대표대회 상무위원회”의 해석에 의하면, 경쟁의 압력 아래서 사업자는 최저의 비용으로 최고의 품질의 상품을 생산하고, 소비자는 가장 낮은 가격으로 상품을 구매할 수 있다.<sup>25)</sup> 비록 「소비자권익보호법」은 역시 소비자권익의 보호를 목표로 하고, 반독점법도 소비자에 대한 직접적이고 구체적인 보호를 배제하지 않지만, 반독점법은 경쟁 메커니즘의 보호를 통해서 효율성을 증대시키고, 전체적으로 상품의 품질을 높이고 가격을 낮추는 방식으로 소비자 이익을 증대하는 데에 치중한다.<sup>26)</sup>

중국 학계에서는 소비자 이익의 보호가 반독점법의 중국적인 목적이거나,<sup>27)</sup> 핵심적 가치<sup>28)</sup>에 해당하는 것으로 보는 견해가 있고, 소비자 이익에는 가격, 산출량, 품질뿐만 아니라 선택권이나 공정한 거래의 권리 등을 포함할 수 있는 것으로 보는 견해가 있다.<sup>29)</sup> 그리고 소비자 이익은

---

24) Pingping Shan · Guofu Tan · Simon J. Wilkie · Michael A. Williams, "China's Anti-Monopoly Law: What is the Welfare Standard?", 「Review of Industrial Organization」, Volume 41, Issue 1-2, Springer, 2012, p. 34.

25) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 앞의 책, 3면.

26) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 같은 책, 3면.

27) 顏運秋, "反壟斷法的終極目的及其司法保障", 「時代法學」, 第6期, 湖南師範大學, 2005, 45면.

28) 徐孟洲, "論我國反壟斷法的價值與核心價值", 「法學家」, 第1期, 中國人民大學, 2008, 8면.

29) 劉繼峰, "競爭法中的消費者標準", 「政法論壇」, 第5期, 中國政法大學, 2009, 134면; 張

오로지 공정하고 자유로운 경쟁질서에 대한 보호를 통해서 간접적으로 보호를 받는 것이 아니라 자유로운 경쟁질서가 저해되는지 여부와 상관 없이 반독점법의 직접적인 보호를 받아야 한다고 주장하는 견해가 있다.<sup>30)</sup>

반독점법에는 부당한 공동행위, 시장지배적 지위 남용 및 경쟁제한적 기업결합 이 세 가지 반경쟁적 행위를 금지하고 있다. 전체적으로 보면, 반독점법의 차원에서 소비자 이익에 대한 보호는 경쟁질서의 유지를 통해서 반사적으로 이루는 것이다. 하지만, 반독점법상 시장지배적 지위 남용행위를 규제함에 있어서는 '불공정한 높은 가격으로 상품을 판매하거나 불공정한 낮은 가격으로 상품을 구매하는 행위'와 '정당한 이유 없이 끼워팔기 하거나 불공정한 거래조건을 부과하는 행위' 등을 이른바 '시장지배적 지위 남용행위'로 보고 금지하고 있는 조문에 비추어 보면, 소비자가 시장지배적 사업자와 직접 거래를 하는 경우, 불공정한 거래조건의 피해자가 되고, 직접 반독점법의 구제를 받을 수 있을 것이다.

따라서 반독점법에서 보호하는 소비자의 이익은 일반적으로는 경쟁을 통해서 간접적으로 이루게 된 소비자 후생의 증대이지만, 시장지배적 지위 남용의 규제, 특히 착취남용의 규제에서 소비자 선택권이나 공정거래 등과 같은 이익은 경쟁질서의 왜곡과 무관하게 반독점법의 직접 보호를 받을 수 있을 것이다.

#### 4. 사회공공이익의 보호

반독점법상 사회공공이익이라는 목표에는 국민경제의 발전, 국제시장

---

永忠, "反壟斷法中的消費者福利標準: 理論確証与法律适用", 「政法論壇」, 第3期, 中國政法大學, 2013, 108면; 陳兵, "反壟斷法實施与消費者保護的協同發展", 「法學」, 第9期, 華東政法大學, 2013, 86면.

30) 陳兵, 같은 논문, 2013, 86면.

에서 국내기업 경쟁력의 제고, 국제무역의 보호, 취업, 환경과 자원의 보호 및 재난구조(救助) 등을 포함한다.<sup>31)32)</sup> 반독점법에서 사회공공이익에 대한 추구는 부당한 공동행위 금지의 예외조항과 경쟁제한적 기업결합금지의 예외조항 등을 통해서 구현된다.<sup>33)</sup> 예를 들면, 부당한 공동행위는 자원의 절약, 환경보호, 재난구조 및 국제무역과 국제협작에 있어서 정당한 이익의 보장을 위한 것이라면 금지되지 않을 수 있고, 경쟁을 배제·제한할 우려가 있는 기업결합에 있어서 사업자가 당해 기업결합은 공공이익과 부합된다는 것을 입증할 수 있으면 금지되지 않을 수 있다.

## 5. 사회주의 시장경제 건전한 발전의 촉진

자본주의국가에서 경제의 이행 궤적은 자유경쟁에서 독점으로 이행해 온 것이다. 반면, 중국의 경제는 계획경제에서 시장경제로 이행해 온 것이다. 중국에서 시장은 정부의 결정에 따라서 점차 형성된 것이다. 따라서 중국의 반독점법은 경쟁을 보호할 뿐만 아니라 경쟁을 육성하고 촉진할 역할도 같이 담당하여야 한다.<sup>34)</sup> 이러한 의미에서 사회주의 시장경제의 건전한 발전은 반독점법의 목적으로 규정되고 있다고 보는 견해가 있다.<sup>35)</sup>

한편, 사회주의 시장경제의 건전한 발전이라는 목적은 헌법의 차원에서 추구하는 것으로 적절하지만, 반독점법의 목적조항에서 나타나는 것이 적절하지 않다는 비판이 있다.<sup>36)</sup> 그러나 개발도상국에서 경제의 발전을 위하여 국가의 발전전략과 정부의 추진은 중요한 역할을 담당하기 때

31) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 앞의 책, 3면.

32) 사회공공이익을 '사회적 후생(소비자 잉여와 생산자 잉여의 합계)'으로 보는 견해도 있다. 于立·吳續亮, 앞의 논문, 14면.

33) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 같은 책, 3면.

34) 時建中, 앞의 책, 3면.

35) 時建中, 같은 책, 3면.

36) 于立·吳續亮, 앞의 논문, 14면.

문에, 경쟁정책의 목적은 전략이나 체제와 연계되는 것은 불가피한 것으로 보는 견해도 있다.<sup>37)</sup> 이러한 견해에 따르면, 사실상, 사회주의 시장경제의 발전은 유효경쟁을 통해서 사회 후생을 증가시키는 목적과 일치한 것이다.<sup>38)</sup>

## II. 다원적 가치의 우선순위를 둘러싼 논란

반독점법은 다원적 가치를 추구하고 있다. 그러나 다원적 가치 사이에 충돌이 발생할 수 있다. 반독점법에서 다원적 가치가 서로 충돌될 때 비교형량을 어떻게 하여야 할지에 관한 명시가 없다.<sup>39)</sup> 학계에서는 대체로 공정과 자유를 중시하는 견해와 효율성이나 소비자 후생을 중시하는 견해가 대립하고 있다.

공정과 자유를 중시하는 견해에 따르면, 후생이라는 결과보다 자유 선택의 기회와 자유 발전의 과정이 더 중요하다.<sup>40)</sup> 여기서 말하는 자유는 사업자의 경쟁 자유와 소비자의 선택 자유를 포함한다.<sup>41)</sup> 반독점법은 경제 주체에게 자유로운 경쟁의 기회가 있는지, 경제주체의 자율적인 선택이 방해되고 있는지, 즉, 경제주체의 실질적인 자유에 초점을 맞추어야 한다.<sup>42)</sup> 따라서 반독점법은 중소기업의 효율성이 낮다는 이유로 중소기업의 자유를 보호하지 않으면 안 된다. 효율성이 낮은 중소기업의 경쟁 자유를 보호하는 목적은 취업 측면에서 사람에게 더 많은 선택의 기회를 제공하는 데에 있다.

이와 같은 맥락에서 반독점법의 가장 중요한 목적은 소비자에게 혜택

---

37) 徐士英, 「競爭政策研究 — 國際比較与中國選擇」, 法律出版社, 2013, 90면.

38) 徐士英, 같은 책, 90면.

39) 徐士英, 같은 책, 65면.

40) 李劍, "論反壟斷法的價值取向", 「法制与社會發展」, 第1期, 吉林大學, 2008, 17면.

41) 李劍, 같은 논문, 2008, 17면.

42) 李劍, 같은 논문, 2008, 20-21면.

을 베풀어주는 것이 아니라 모든 사람에게 자유롭고 공정한 경쟁 환경을 조성하여 모든 사람에게 경쟁에 참여할 기회를 제공하는 것이다. 경쟁의 기회가 보장되어야 사람들이 가만히 혜택을 기다리는 처지에서 벗어나서 스스로 책임지고 적극적으로 경제활동에 참여할 수 있게 된다.<sup>43)</sup>

물론 경제주체는 자신의 자유로운 선택에 대해서 스스로 책임을 져야 한다. 공정하고 자유로운 경쟁 환경에서 사업자가 자신의 경쟁력의 부족으로 인하여 시장에서 도태되더라도 당연한 일이다. 결론적으로 국가가 반독점법을 통해서 열등한 경제주체를 보호하는 것은 경제주체 경쟁의 자유를 보호하는 것이고, 공정하고 자유로운 시장환경을 조성함으로써 개인마다 성공할 기회를 가질 수 있게 하는 것이다.<sup>44)</sup>

그리고 효율성이라는 목적은 미국의 학계에서 높은 지위에 있지만, 유럽이나 기타 개발도상국에서 보편적으로 받아들여지는 경쟁법의 최고의 목적이나 유일한 목적이 아니다.<sup>45)</sup> 경제적 효율성의 측정 자체에는 불확정성이 있다. 효율성의 계산이 가능하다고 하더라도 중국의 판사들은 대체로 경제학에 관한 전문적 지식을 갖추고 있지 않아서 아직 효율성에 대한 경제적 접근방법을 파악할 실력이 되지 않는다.<sup>46)</sup> 반대로 자유와 공정의 가치판단은 경제적 접근방법을 적용할 필요가 없다. 게다가 경제의 자유는 효율성 제고의 원천이며 시장경제질서에서 사업자의 기본적인 권리이다. 반독점법은 약자(弱者)의 이익을 해치는 강자(强者)의 자유를 제한함으로써 대다수 사람이 누릴 수 있는 자유로운 경쟁 메커니즘을 유지하고 보호하여야 한다.<sup>47)</sup> 그리고 중국의 현실 상황을 보면, 개혁개방 이래 빈부격차가 갈수록 심해지고, 특히 전력, 연초(煙草)와 같은 독점 산업에서 사업자가 효율성과 무관하게 거대한 독점이윤을 누리는 것은

---

43) 蘭磊, "反壟斷法上消費者利益誤用批判(上)", 「競爭政策研究」, 第5期, 工業和信息化部電子科學技術情報研究所, 2016, 73면.

44) 李劍, 앞의 논문(2008), 21면.

45) 鄭鵬程, "歐美反壟斷法價值觀探討一兼評「中華人民共和國反壟斷法(草案)第1條」", 「法商研究」, 第1期, 中南財經政法大學, 2007, 100면.

46) 鄭鵬程, 같은 논문, 102면.

47) 鄭鵬程, 같은 논문, 101면.

이슈가 되어 왔다. 이러한 상황에서 반독점법은 공정성을 보장할 필요가 있다.<sup>48)</sup> 따라서 자유와 공정은 당연히 반독점법의 기본적 가치가 되어야 한다.

한편, 중국 학계에서 효율성을 중시하는 견해로서 총 후생을 중시하는 견해도 있고, 소비자 후생을 중시하는 견해도 있다. 총 후생을 중시하는 견해<sup>49)</sup>에 따르면, 반독점법은 경쟁이라는 수단을 통해서 배분적 효율성을 달성하여 최종적으로 전체 사회의 부(富)를 최대화하는 것이다. 그런데 시장경쟁은 사회의 부를 강자(强者)에게 집중시킬 수 있다. 따라서 정부는 세법 등 수단을 통해서 사회의 부를 재분배하여야 한다.

소비자 후생을 중시하는 견해에 따르면, 공정하고 자유로운 경쟁질서의 유지는 소비자 후생을 제고하는 도구이다.<sup>50)</sup> 소비자 후생의 보호는 반독점법의 중국적 목적이 되어야 한다. 그 이유로서, 우선, 모든 사람은 다 소비자에 해당할 수 있지만, 모든 사람은 다 사업자에 해당할 수 있는 것이 아니다. 따라서 소비자 후생은 거의 전체 사회구성원의 이익을 대표할 수 있다.<sup>51)</sup> 게다가 소비자는 생산자를 상대로 열등한 지위에 있으므로 경쟁정책 상의 보호를 받을 필요가 있다.<sup>52)</sup> 사실상 다수 국가와 지역에서 이미 이러한 선택을 취하였다.<sup>53)</sup> 그리고 집행의 효율성 측면에서 비용에 관한 정보는 사업자가 가지고 있어서 반독점집행기구 총후생 기준을 적용하면 생산자의 잉여를 판단함에 있어서 어려움이 있지만, 소비자 후생 기준을 적용하면, 일반적으로 가격만 분석하면 되고, 정보의 비대칭성 문제를 극복할 수 있다.<sup>54)</sup>

---

48) 鄭鵬程, 같은 논문, 101면.

49) 丁茂中, “反壟斷法的目標選擇及其功能優化芻議”, 「現代財經: 天津財經大學學報」, 第8期, 天津財經大學, 2011, 127면.

50) 顏運秋, 앞의 논문, 46면.

51) 徐士英, 앞의 책, 83면.

52) 徐士英, 같은 책, 83면.

53) 徐士英, 같은 책, 83면.

54) 于立·吳續亮, 앞의 논문, 14면.

### Ⅲ. 남용규제 고유의 목적

중국에서 시장지배적 지위 남용규제 고유의 목적에 관한 논의는 아직 충분히 이루어지지 않은 상황이다. 현재의 연구자료를 보면, 반독점법의 다원적 목적을 둘러싼 논란, 즉, 공정과 자유를 중시하는 견해와 효율성을 중시하는 견해를 둘러싼 논란은 시장지배적 지위 남용의 규제목적에 대한 해석에 그대로 반영되고 있다.

효율성을 중시하는 견해에 따르면, 시장지배적 지위 남용행위를 규제하는 목적은 현저한 시장력을 가진 사업자가 독점 또는 독점의 유지를 목적으로 경쟁을 배제하거나 방해하는 행위를 규제함으로써 소비자 후생의 제고와 경제적 효율성의 최대화를 이루는 데에 있다.<sup>55)</sup>

그리고, 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁자를 배제할 우려가 있고, 시장진입장벽을 구축하여 시장진입을 방해할 우려가 있고, 착취가격을 책정하여 소비자의 이익을 저해할 우려가 있다. 시장지배적 지위 남용행위는 다양하게 표현될 수 있지만, 최종적으로 소비자 후생, 경제적 효율성 및 경쟁에 대한 침해를 초래할 수 있다.<sup>56)</sup> 따라서 입법을 통해서 시장지배적 지위 남용행위를 규제할 필요가 있다.

한편, 반독점법에서 시장지배적 지위 남용을 규제하는 목적은 민법·상법이 거래의 자유와 재산권의 사유(私有)를 보호하는 바탕에서, 국가의 간여를 통해서 시장지배적 사업자의 행위를 제한하여 거래 주체 사이의 실질적 공정을 유지함으로써 경쟁적인 시장구조를 유지하는 데에 있다고 보는 견해가 있다.<sup>57)</sup> 이 견해에 의하면, 반독점법상의 남용규제는 행위를 규제하는 모델을 채택하였지만, 행위규제는 중국적으로 구조주의규제의

---

55) 徐士英, 앞의 책, 108면.

56) 李小明, “反壟斷法中濫用市場支配地位法律問題研究”, 中國政法大學 博士學位論文, 2005, 12-14면.

57) 戴龍, 「濫用市場支配地位的規制研究」, 中國人民大學出版社, 2012, 35면.

취지와 일맥상통한 것이다.



## 제2절 시장지배적 지위 남용의 규제체계

### I. 반독점법

반독점법 제1장 총칙 제6조는 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장 지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그 외에 시장지배적 지위 남용에 관한 구체적인 규정들은 제3장에 편입되어 있다. 구체적으로 살펴보면, 제3장은 남용행위의 열거조항(제17조 제1항 제1호 내지 제7호), 시장지배적 지위의 정의조항(제17조 제2항), 시장지배적 지위의 인정기준(제18조)과 시장지배적 지위 추정조항(제19조)을 포함하는 총 3개의 조문으로 구성되어 있다. 제7장 제재규정 중의 제47조는 시장지배적 지위 남용행위에 대한 3가지 행정제재를 명시하고 있다. 즉, ① 법 위반행위의 중지 명령, ② 부당이득환수와 ③ 과징금의 부과이다. 과징금은 직전 연도 판매액의 1%~10%로 부과한다(반독점법 제47조). 그리고 제50조에 근거하여 사업자는 반경쟁적 행위를 실시하여 타인에게 손실을 초래한 경우 민사책임을 부담하여야 한다.

### II. 반독점위원회의 지침

반독점법 체계 정비의 일환으로서, 2009년 5월 24일 국무원 반독점위원회는 「관련시장 획정에 관한 지침(“지침”)」<sup>58)</sup>을 제정하였다. 이 지침에서는 관련시장의 합리적인 획정이 경쟁사업자와 잠재적 경쟁사업자의 식별, 시장점유율과 시장집중도의 산정, 사업자의 시장 지위의 인정, 경

---

58) 「국무원 반독점위원회 관련시장 획정에 관한 지침(國務院反壟斷委員會 關於相關市場界定的指南)」, 2009.05.24.

쟁에 미치는 영향의 분석, 행위의 위법성 판단 및 법적 책임의 산정에 중요한 역할을 담당한다고 제시하고 있다(지침 제2조 제2항).

관련시장의 획정은 주로 수요자의 입장에서 보다 긴밀한 대체관계가 있는 상품의 범위와 이러한 상품을 구할 수 있는 지역 범위를 분석하여야 한다(지침 제4조 제2항 제1문). 공급 측면의 생산전환 가능성은 수요 측면의 구매전환 가능성과 유사한 수준으로 경쟁압력을 형성할 수 있는 경우에는 공급 측면의 대체성도 고려하여야 한다(지침 제4조 제2항 제2문). 관련시장의 범위가 명확하지 않거나 확정하기 어려울 때, “HM-Test(SSNIP)”의 방법론을 적용할 수 있다(지침 제7조).

관련상품시장을 획정함에 있어서 주로 다음과 같은 요소를 고려한다.

① 수요측면에서 (i) 수요자가 상품의 가격이나 기타 경쟁요소의 변화에 따라 다른 상품으로 구매전환을 했거나 구매전환을 고려했다는 증거, (ii) 상품의 기능·용도의 유사성, (iii) 가격과 가격 변화 추이의 유사성, (iv) 유통경로, (v) 수요자의 기호, 전환비용, 가격 차별의 존재 여부 등 요소를 고려할 수 있다(지침 제8조 제1항).

② 공급측면에서 (i) 다른 사업자가 상품의 가격 등 경쟁요소의 변화에 따라 반응했다는 증거, (ii) 생산구조·기술과 생산전환의 난이도, 생산전환에 필요한 시간, 생산전환에 따른 추가비용과 리스크, 생산전환 후 상품의 경쟁력, 유통경로 등 요소를 고려할 수 있다(지침 제8조 제2항).

관련지역시장을 획정함에 있어서는 주로 다음과 같은 요소를 고려할 수 있다.

① 수요측면에서 통상적으로 (i) 수요자가 상품 가격이나 기타 요소의 변화에 따라 다른 지역으로 구매전환을 했거나 구매전환을 고려했다는 증거, (ii) 운송비용, (iii) 무역장벽의 존재 여부, (iv) 특정한 지역에 있는 수요자의 기호, 반입과 반출 상품의 수량 등 요소를 고려할 수 있다(지침 제9조 제1항).

② 공급 측면에서 통상적으로 (i) 기타 지역의 사업자가 상품 가격을 비롯한 경쟁요소의 변화에 따라 반응했다는 증거, (ii) 공급지 전환의 즉시성과 전환비용 등 요소를 고려할 수 있다(지침 제9조 제2항).

### III. 반독점집행기구의 "부문규장(部門規章)"

#### 1. 반독점집행기구(삼두마차-기구통합)

반독점법은 직접 집행기구를 명시하지 않고, 단지 '국무원이 규정한 반독점법의 집행기구는 이 법의 집행을 담당한다'라는 규정(반독점법 제10조 제1항)을 두고, 국무원에 반독점집행기구의 선정 권한을 위임하고 있다. 중앙정부 차원의 반독점집행기구는 다시 성급(省級)정부의 상응한 기구에 반독점법의 집행을 위임할 수 있다(반독점법 제10조 제2항).

2008년 국무원의 기구편성통지<sup>59)</sup>에 따라 기업결합심사는 상무부가 담당하고, 가격 행위에 대한 규제는 국가발전과개혁위원회("국가발개위")가 담당하고, 기타 반경쟁적 행위에 대한 규제는 국가공상행정관리총국("국가공상총국")이 담당하게 되었다. 국무원이 반독점집행기구를 이렇게 지정한 것은 기존의 권력을 유지하는 산물이다. 반독점법이 제정되기 전에, 「반부정당경쟁법」, 「가격법」 및 「외국투자자가 국내기업을 상대로 하는 인수합병에 관한 잠정적 규정」의 집행은 각각 국가공상총국, 국가발개위, 대외무역경제합작부(현재의 "상무부")가 담당해 왔기 때문이다.

2018년 국가기구개혁에 따라 원래 삼두마차 식의 반독점집행기구가 통

---

59) 國務院辦公廳關於印發商務部主要職責內設机构和人員編制規定的通知, 國辦發〔2008〕77号, 2008.07.11.; 國務院辦公廳關於印發國家工商行政管理總局主要職責內設机构和人員編制規定的通知, 國辦發〔2008〕88号, 2008.07.11.; 國務院辦公廳關於印發國家發展和改革委員會主要職責內設机构和人員編制規定的通知, 國辦發〔2008〕102号, 2008.07.15.

합되었다. 반독점법의 집행과 시장질서의 규범화 등 직무를 비롯하여 시장에 대한 종합적인 감독과 관리를 담당하는 ‘국가시장감독관리총국’이 출범하였다.

## 2. 반독점집행기구의 부문규장(“部門規章”)

중국 「입법법(中華人民共和國立法法, 2000.07.01.부터 시행, 2015년 개정)」에 근거하여, 국무원의 각 부, 각 위원회 등은 법률과 국무원의 행정법규·결정·명령에 근거하여 자기 부문(部門)의 권한 범위 내에서 규장(“規章”)을 제정할 수 있다(입법법 제80조 제1항). 부문규장(“部門規章”)에서 규정하는 사항은 법률이나 국무원의 행정법규·결정·명령의 집행에 관한 사항이어야 한다. 법률이나 국무원의 행정법규·결정·명령의 근거 없이 “부문규장”은 공민·법인과 기타 조직의 권리를 감손하거나 그의 의무를 가중하여서는 아니 되며, 자기 부문의 권력을 확장하거나 자기 부문의 직무를 감경하여서는 아니 된다(입법법 제80조 제2항).

따라서 국가발개위와 국가공상총국은 모두 반독점법에 근거하여 각자의 집행사항에 관하여 수시로 “부문규장”을 발령해 왔다. 국가발개위는 2010년 12월 29일에 「반가격독점규정」<sup>60)</sup>을 발령하였고, 국가공상총국은 거의 같은 시기 2010년 12월 31일에 「시장지배적 지위 남용행위금지의 규정」<sup>61)</sup>(“남용행위금지규정”)을 발령하였다. 그리고 국가공상총국은 2015년 4월 7일에 「지식재산권 남용하여 경쟁을 배제·제한하는 행위의 금지에 관한 규정」(“국가공상총국의 지식재산권 남용금지규정”)<sup>62)</sup>을 발

---

60) 「반가격독점규정(反價格壟斷規定)」, 국가발전과개혁위원회령 제7호(國家發展和改革委員會令 第7号), 2011년 2월 1일부터 시행.

61) 「시장지배적 지위 남용행위 금지의 규정(工商行政管理機關 禁止濫用市場支配地位行為的規定)」, 국가공상행정관리총국령 제54호(國家工商行政管理總局令 第54号), 2011년 2월 1일부터 시행.

62) 「지식재산권 남용하여 경쟁을 배제·제한하는 행위의 금지에 관한 규정(國家工商總

령한 바 있다.

반독점집행기구가 통합된 후 새로 출범한 국가시장감독관리총국은 2019년 1월 30일에 원래 삼두마차 식의 반독점집행기구 국면에서 각 심사기준 사이의 중복 문제를 해결하기 위해서 통일적인 「시장지배적 지위 남용행위의 금지규정(의견수렴용 초안)」<sup>63)</sup>을 공시하였고, 2019년 6월 26일에 「시장지배적 지위 남용행위 금지의 잠정적 규정("잠정적 규정")」<sup>64)</sup>을 발령하였다. 당해 "잠정적 규정"은 2019년 9월 1일부터 시행되며, 이와 동시에 2011년 2월 1일부터 시행된 국가공상총국이 제정한 남용행위금지규정은 폐지된다(잠정적 규정 제39조).

### 3. 소송에서 "부문규장"의 역할

「재판문서에서 법률·법규 등 규범성 문건의 인용에 관한 최고인민법원의 규정(2009)」<sup>65)</sup>에 따르면, 인민법원의 재판문서에는 재판의 근거로서 관련 법률·법규 등 규범성 법률문건을 인용하여야 한다(동 규정 제1조 제1문).

민사재판문서에는 법률, 법률해석<sup>66)</sup> 또는 사법해석<sup>67)</sup>을 인용하여야 한

---

局 關於禁止濫用知識產權排除、限制競爭行為的規定)」, 국가공상행정관리총국령 제74호(國家工商行政管理總局令 第74号), 2015년 8월 1일부터 시행.

63) 「시장지배적 지위 남용행위의 금지규정(의견수렴용 초안)[禁止濫用市場支配地位行為的規定(徵求意見稿)]」, 시장감독관리총국(市場監管總局), 2019.01.30.

64) 「시장지배적 지위 남용행위 금지의 잠정적 규정(禁止濫用市場支配地位行為暫行規定)」, 2019년 6월 26일 국가시장감독관리총국령 제11호, 2019년 9월 1일부터 시행.

65) 「재판문서에서 법률·법규 등 규범성 문건의 인용에 관한 최고인민법원의 규정(最高人民法院關於裁判文書引用法律、法規等規範性法律文件的規定)」, 사법해석[2009] 제14호(法釋(2009)14号), 2009년 11월 4일부터 시행.

66) 「입법법」 제45조 제1항에 따르면, "법률해석권은 전국인민대표대회상무위원회에 있다." 같은 조 제2항에 따르면, "법률에는 아래와 같은 정황 중의 하나가 발생하면, 전국인민대표대회상무위원회가 해석하여야 한다. (1) 법률의 규정의 구체적인 함의를 더 규명할 필요가 있는 경우, (2) 법률 제정 후 새로운 정황이 나타나서 법률적용의 근거를 규명할 필요가 있는 경우." 그리고 입법법 제50조에 따르면, "전국인민대표대

다. 그리고 (국무원이 제정한) 행정법규, (지방인민대표대회 및 그의 상무위원회가 제정한) 지방성 법규나 (민족자치구역의 인민대표대회가 제정한) 자치조례와 단행 조례를 적용할 경우, 직접 인용할 수 있다(동 규정 제4조). 따라서 반독점집행기구와 같은 국무원의 부문이 제정한 이른바 "부문규장"은 인민법원의 민사소송의 재판근거가 될 수 없다. 단, 사건 심리(審理)의 수요에 따라 다른 규범성 문건의 적법성이 인정된 경우에는 당해 규범성 문건은 재판의 근거가 아니라 재판의 논리를 설명하는 근거로 사용될 수 있다(동 규정 제6조). 즉, 민사소송에서 반독점집행기구의 "부문규장"을 참고하는지 여부는 법원의 재량에 맡겨져 있다.

한편, 행정재판문서에는 법률·법률해석·행정법규 또는 사법해석을 인용하여야 한다. 지방성 법규·자치조례와 단행 조례, 국무원이나 국무원의 위임을 받은 부문이 공포한 행정법규의 해석이나 "행정규장"을 직접 인용할 수 있다(동 규정 제5조). 따라서 국무원의 부문으로서의 반독점집행기구가 제정한 "규장"은 행정소송의 재판근거가 될 수 있다.

#### IV. 민사소송에 적용하는 최고인민법원의 규정

반독점법 제50조에서 법 위반 사업자의 민사책임을 명시하는 것은 이법의 민사소송을 허용하는 뜻이다. 중국 입법법에 근거하여, 최고인민법원은 업무 중에서 법률의 적용에 관하여 구체적인 해석권을 갖고 있지만, 이러한 사법해석은 주로 구체적인 법률 조문에 초점을 맞춰서 하여야 하며 입법의 목적·원칙과 본래의 취지와 부합되어야 한다(입법법 제

---

회상무위원회의 법률해석은 법률과 동등한 효력이 있다."

- 67) 「입법법」 제104조 제1항에 따르면, "재판, 검찰 업무 중에서 최고인민법원, 최고인민검찰원이 법률의 구체적인 적용에 대한 해석은 주로 구체적인 법률 조문에 초점을 맞춰야 하며, 입법의 목적, 원칙, 본래의 취지와 부합되어야 한다. 이 법 제45조 제2항에 해당하는 경우에는 전국인민대표대회상무위원회에 법률해석을 요구하거나 관련 법률을 제정·개정 의안을 제출하여야 한다."

104조). 법률 규정의 함의는 더 규명할 필요가 있거나, 법률 제정 후 새로운 정황이 나타나서 법률적용의 근거를 규명할 필요가 있는 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회가 해석한다(입법법 제45조).

최고인민법원은 반경쟁적 행위로 인하여 유발된 민사분쟁을 정확히 심리하기 위해서 2012년에 「반경쟁적 행위로 유발된 민사분쟁 사건에 대한 법률적용의 문제에 관한 약간의 규정」(“최고인민법원의 규정”)을<sup>68)</sup> 제정하였다.

당해 규정에 따르면, 반경쟁적 행위로 인하여 유발된 민사소송에 있어서 원고는 직접 민사소송을 제기해도 되고, 반독점집행기구의 처리 결정이 내려진 다음에 민사소송을 제기해도 된다(최고인민법원의 규정 제2조). 입증책임에 관하여, 민사소송에서 원고는 시장지배적 지위의 존재와 시장지배적 지위의 남용에 대해서 입증책임을 지고, 피고는 행위의 ‘정당한 이유’로 항변하는 경우에는 그 ‘정당한 이유’에 대해서 입증책임을 진다(최고인민법원의 규정 제8조).

민사적 제재에 관하여, 피고가 반경쟁적 행위를 실시하여 원고에게 손실을 초래한 경우, 인민법원은 원고의 청구와 확인된 사실에 따라 피고로 하여금 불법행위의 중단, 손해배상 등 민사책임을 지도록 명령할 수 있다(최고인민법원의 규정 제14조 제1항). 그리고 인민법원은 원고의 청구에 따라 원고가 반경쟁적 행위의 조사·제지를 위해서 지출한 비용을 합리적인 한도에서 배상의 범위에 산입할 수 있다(최고인민법원의 규정 제14조 제2항).

---

68) 「반경쟁적 행위로 유발된 민사분쟁 사건에 대한 법률적용의 문제에 관한 약간의 규정(最高人民法院關於審理因壟斷行為引發的民事糾紛案件應用法律若干問題的規定)」, 사법해석(2012)5호[法釋(2012)5號], 2012년 6월 1일부터 시행.

### 제3절 시장지배적 지위 남용의 성립요건

#### I. 시장지배적 지위

‘시장지배적 지위’라 함은 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 시장진입을 방해할 수 있는 시장 지위를 말한다(반독점법 제17조 제2항).

여기서 ‘사업자’란 상품을 생산·판매하거나 서비스를 제공하는 자연인, 법인과 기타 조직을 말한다(반독점법 제12조 제1항). 어떤 행위의 주체가 반독점법상의 사업자에 해당하는지는 영리라는 목적이 있는지와 상관없이 당해 주체가 시장에서 사업 활동을 종사하는지에 따라서 판단된다.<sup>69)</sup>

‘관련시장’이라 함은 사업자들이 일정한 기간에 특정한 상품이나 용역을 둘러싸고 경쟁하는데, 그 경쟁 관계에 포함되는 상품과 지역의 범위를 말한다(반독점법 제12조 제2항). 여기서 말하는 ‘일정한 기간’은 반경쟁적 행위의 지속성을 의미한다. 즉, 사업자의 일시적인 행위나 경쟁에 영향을 미칠 수 없는 행위는 규제의 범위에서 제외된다는 뜻이다.<sup>70)</sup>

‘기타 거래조건’은 가격, 수량 이외에 거래에 실질적인 영향을 미칠 수 있는 요소를 말하며, 상품의 품종, 품질, 대금의 지급 조건, 대금의 지급 방식, 애프터서비스, 거래의 선택이나 기술 측면의 제약 등을 포함한다(잠정적 규정 제5조 제2항).

69) 비영리성 사단법인(이 사건에서는 광동성 축구협회)은 영리를 목적으로 하지 않지만, 영리성이 없다는 것은 그 사단법인이 시장에서 일정한 사업 활동을 할 수 없다는 것을 의미하지 않는다[중화인민공화국 최고인민법원 민사재정서 (2015)民申字第2313号, 2015.12.14].

70) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 앞의 책, 62면.



‘시장진입의 방해’란 시장진입을 배제하거나 지연시키는 경우 또는 진입비용을 대폭으로 상승시켜서 신규진입사업자를 기존의 사업자와 유효 경쟁을 할 수 없게 하는 경우를 말한다(잠정적 규정 제5조 제3항).

어떤 사업자가 관련시장에서 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부를 판단함에 있어서는 ① 당해 사업자의 시장점유율과 관련시장의 경쟁상황, ② 당해 사업자가 판매시장이나 원자재 구매시장을 지배하는 능력, ③ 당해 사업자의 재력과 기술조건, ④ 당해 사업자에 대한 거래상대방의 의존도, ⑤ 시장진입의 난이도, ⑥ 기타 관련 요소를 고려한다(반독점법 제18조).

‘시장점유율’을 산정함에 있어서는 일정 기간 사업자의 특정 상품의 판매액이나 판매량 또는 기타 지표가 관련시장에서 차지한 비율을 고려할 수 있다(잠정적 규정 제6조 제1항). ‘관련시장의 경쟁상황’을 분석함에 있어서는 관련시장의 발전상황, 기존 경쟁사업자의 수와 시장점유율, 상품의 차별화 정도, 혁신과 기술의 발전, 판매와 구매 형식 및 잠재적 경쟁사업자의 상황 등을 고려한다(잠정적 규정 제6조 제2항).

‘당해 사업자가 판매시장이나 원자재 구매시장을 지배하는 능력’을 판단함에 있어서는, 당해 사업자가 전·후방 시장을 지배하는 능력, 판매경로나 구매경로를 지배하는 능력, 가격·수량·계약기한 또는 기타 거래조건을 결정하거나 영향을 가하는 능력 및 생산에 필수적인 원자재를 우선으로 입수하는 능력을 고려한다(잠정적 규정 제7조).

‘사업자의 재력과 기술조건’을 판단함에 있어서는, 당해 사업자의 자산 규모, 영리능력, 융자능력, 연구개발능력, 기술 장비, 혁신과 응용능력, 보유한 지식재산권 및 당해 사업자의 재력과 기술조건이 어떠한 방식과 정도로 당해 사업자의 업무 확장이나 시장 지위의 유지·강화를 촉진할 수 있는지를 고려할 수 있다(잠정적 규정 제8조).

‘당해 사업자에 대한 거래상대방의 의존도’를 판단함에 있어서는 거래상대방과 당해 사업자의 거래관계, 거래량, 거래의 지속기간, 합리적인

시간 내에 거래처전환의 난이도 등을 고려할 수 있다(잠정적 규정 제9조).

'시장진입의 난이도'를 판단함에 있어서는, 제도적 장벽, 필수적인 자원 획득의 난이도, 구매경로나 판매경로의 보유상황, 자본금의 규모, 기술 측면의 장벽, 브랜드에 대한 선호, 이용자의 전환비용, 소비습관 등을 고려할 수 있다(잠정적 규정 제10조).

또한, 인터넷 등과 같은 새로운 산업에서 시장지배적 지위를 인정함에 있어서는, 관련된 산업에서 경쟁의 특징, 영업모델, 이용자의 수, 네트워크 효과, 록인 효과(Lock-in Effect), 기술의 특징, 혁신, 관련된 데이터의 보유 정황과 처리 능력 및 사업자가 관련시장에서의 시장력 등을 고려할 수 있다(잠정적 규정 제11조). 지식재산권 분야의 시장지배적 지위를 인정함에 있어서는, 지식재산권의 대체가능성, 하류 시장에서 당해 지식재산권을 응용한 상품에 대한 의존도, 거래상대방의 협상력 등 요소를 고려할 수 있다(잠정적 규정 제12조).

그리고 ① 1 사업자의 시장점유율은 1/2, ② 2 사업자의 시장점유율 합계는 2/3, ③ 3 사업자의 시장점유율 합계는 3/4에 달하는 경우, 각각의 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정될 수 있다(반독점법 제19조 제1항). 다만 제②호와 제③호의 경우 시장점유율이 1/10 미만인 사업자는 제외된다(반독점법 제19조 제2항). 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정된 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다는 것을 입증할 수 있으면 추정이 복멸될 수 있다(반독점법 제19조 제3항).

새로 발령된 국가시장감독관리총국의 잠정적 규정에 따르면, 2 이상의 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 인정할 때, 일반적인 고려요소 이외에 시장구조, 관련시장의 투명도, 관련상품의 동질화 정도, 사업자 행위의 일치성 등 요소를 고려하여야 한다(잠정적 규정 제13조).

시장지배적 지위 추정의 복멸 사유에 관하여, 남용행위금지규정 제12조는 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정된 사업자가 자기가 관련시장

에서 상품의 가격, 수량, 또는 기타 거래조건을 결정할 수 없거나, 다른 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력이 없다는 것을 증명할 수 있으면, 시장지배적 지위를 가진 것으로 인정하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

시장지배적 지위 추정제도는 법 집행 비용의 절약과 사업자에 대한 감독 실효성의 제고를 위해서 도입된 것이다.<sup>71)</sup> 시장점유율은 시장지배적 지위 인정의 중요한 고려요소이기 때문에, 반독점집행기구는 이 추정규정에 근거하여 사업자의 시장점유율 하나만으로 시장지배적 지위의 보유를 추정할 수 있다.<sup>72)</sup> 따라서 제19조의 “추정(推定)”과 제18조의 “인정(認定)”은 입증책임이 누가 부담하는지에 차이가 있다. “추정”의 입증책임은 추정된 자에 있는 반면에 인정의 입증책임은 인정하는 쪽에 있다. 만약에 추정된 자가 반증을 제출하지 않거나 제출한 반증이 추정한 쪽의 인정을 얻을 수 없으면, 추정은 성립된다.<sup>73)</sup>

그러나 규제 실무를 보면, 시장지배적 지위의 추정조항의 활용도는 저조한 것으로 나타나고, 시장지배적 지위를 인정함에 있어서 시장점유율의 역할은 역시 점점 약해지는 추세이다.<sup>74)</sup>

예컨대, 치후 v. 텐센트 사건에서, 최고인민법원은 “시장지배력을 인정함에 있어서 시장점유율의 중요성과 역할은 반드시 사건의 구체적인 상황에 따라 확정하여야 한다. 일반적으로 시장점유율이 높을수록, 지속기간이 오래될수록 시장지배적 지위의 존재 가능성이 커진다. 하지만, 시장점유율에만 의지하면 오류가 발생할 우려가 있다. 시장진입이 보다 용이하거나, 높은 시장점유율이 사업자의 효율성이나 더 좋은 상품의 제공으로부터 얻은 것이거나, 잠재적 경쟁상품이 사업자에게 강한 경쟁압력을 가할 수 있는 경우에는 높은 시장점유율만으로 시장지배적 지위의 존재

71) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 앞의 책, 112면.

72) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 같은 책, 112면.

73) 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 같은 책, 113면.

74) 孟雁北, “論禁止濫用市場支配地位行爲的分析框架—以利樂反壟斷案爲例”, 「競爭政策研究」, 第3期, 工業和信息化部電子科學技術情報研究所, 2017, 9면.

를 도출할 수 없다.”<sup>75)</sup>라고 판시한 바 있다.

공적 집행의 의결서를 보면, 반독점집행기구는 시장점유율이 아무리 높다고 하더라도, 심지어 시장점유율이 100%의 사업자에 대해서도 제19조에 근거하여 시장지배적 사업자로 추정하고, 입증책임을 사업자에게 넘겨주지 않고, 제18조에 근거하여 당해 사업자가 거래조건을 결정하는 능력, 거래상대방이 해당 사업자에 대한 의존도 및 시장진입난이도 등을 종합적으로 고려하고 있다.<sup>76)</sup>

예를 들면, 퀄컴 사건<sup>77)</sup>에서 국가발개위는 시장지배적 지위를 인정할 때, 우선 퀄컴의 시장점유율을 제시하여 제19조 제1항 제1호의 규정에 따라 시장지배적 지위가 있는 것으로 추정할 수 있다고 명시하고, 이어서 추가로 관련시장에 대한 퀄컴의 지배능력, 퀄컴에 대한 거래상대방의 의존도, 시장진입장벽을 종합적으로 고려하고 반독점법 제18조에 근거하여 퀄컴의 시장지배적 지위를 인정하였다.<sup>78)</sup>

특히, WCDMA 모뎀 칩셋 시장에서 퀄컴의 시장지배적 지위를 판단

---

75) 치후 v. 텐센트 사건, 중화인민공화국 최고인민법원 민사판결서(2013) 민사 제3재판부 중심 제4호[中華人民共和國 最高人民法院 民事判決書(2013)民三終字第4号], 2014.10.08.

76) 퀄컴 사건, 중화인민공화국 국가발전과개혁위원회 행정처벌결정서, 발개위 판공청(辦公廳) 가격감독처벌 [2015] 제1호(中華人民共和國 國家發展和改革委員會 行政處罰決定書, 發改辦價監處罰 [2015] 1号), 2015.02.09.; 광둥성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2013] 제2호(廣東省工商行政管理局 行政處罰決定書, 粵工商經處字[2013]第2号), 2013.12.16.; 신장위구르자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2014] 39호(新疆維吾爾自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 新工商競處 [2014] 39号), 2016.10.12.; 해남성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2015] 2호(海南省工商行政管理局 行政處罰決定書, 琼工商處字 [2015] 2号), 2015.01.09.; 중경시공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 제15호(重慶市工商行政管理局 行政處罰決定書, 渝工商經處字 [2016] 15号), 2016.11.24.; 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 1호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 [2016] 1号), 2016.04.22.; 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 4호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 [2016] 4号), 2016.08.16.; 강소성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 제00025호(江蘇省工商行政管理局 行政處罰決定書, 蘇工商案 [2016] 00025号), 2016.11.28.

77) 퀄컴 사건, 중화인민공화국 국가발전과개혁위원회 행정처벌결정서, 발개위 판공청(辦公廳) 가격감독처벌 [2015] 제1호(中華人民共和國 國家發展和改革委員會 行政處罰決定書, 發改辦價監處罰 [2015] 1号), 2015.02.09.

78) 같은 행정처벌결정서.

함에 있어서 국가발개위는 ① 2013년의 판매액으로 계산된 퀄컴의 시장점유율은 53.9%이어서 50%를 초과하였으므로 반독점법 제19조 제1항 제1호에 근거하여 시장지배적 지위를 추정할 수 있는 점, ② 2013년 경쟁사업자 MTK의 시장점유율은 15.5%, Intel은 11.8%, Broadcom은 9.3%인 바 모두 퀄컴의 시장점유율보다 현저히 낮으며, 2위인 MTK의 시장점유율은 최근 몇 년간 상승세를 보이지만, 그의 경쟁력은 주로 저가상품시장에 있으며 그의 퀄컴과 같은 규격의 모뎀 칩세트의 출시시간은 퀄컴보다 많이 뒤쳐진 상황이므로 퀄컴은 일정한 정도의 시장지배능력을 가진 점, ③ 모뎀 칩세트 제조사업자의 수가 적어서 단말기제조사업자의 선택 여지가 많지 않고, 퀄컴의 모뎀 칩세트는 기술, 기능, 브랜드 측면에서 우월성이 있어서 거래상대방이 그에 대한 의존도가 높은 점, ④ 모뎀 칩세트 시장의 진입장벽이 높은 점을 종합적으로 고려하여 반독점법 제18조에 근거하여 퀄컴의 시장지배적 지위를 인정하였다.<sup>79)</sup>

이에 대해서 퀄컴은 판매량으로 계산하면 자기의 시장점유율이 50% 미만이라고 반박한 바 있다. 국가발개위는 이 사건의 관련시장에서 퀄컴의 힘을 측정함에 있어서 판매량으로 계산한 시장점유율보다 판매액으로 계산한 시장점유율이 더 적절하다고 판단하였다. 왜냐하면, 2013년 판매액으로 계산된 퀄컴의 시장점유율은 50% 넘고, 판매량으로 계산된 시장점유율은 50% 미만이라는 것은 오히려 퀄컴의 모뎀 칩세트의 평균판매가격은 경쟁사업자들의 평균판매가격보다 높다는 사실을 반영할 수 있고, 퀄컴은 일정한 정도의 시장지배능력을 갖추고 있다는 것을 증명할 수 있기 때문이다. 또한, 국가발개위는 시장점유율은 단지 WCDMA 모뎀 칩세트 시장에서 퀄컴이 시장지배적 지위에 있는지를 인정할 때 고려요소 중의 하나뿐이라고 명시하였다.<sup>80)</sup>

테트라팩 사건<sup>81)</sup>에서 국가공상총국은 반독점법 제19조의 추정조항을

79) 같은 행정처벌결정서.

80) 같은 행정처벌결정서.

81) 테트라팩 사건, 중화인민공화국 국가공상행정관리총국 행정처벌결정서, 공상경쟁사건 [2016] 제1호(中華人民共和國 國家工商行政管理總局 行政處罰決定書, 工商競爭案字

언급하지 않고 직접 제18조에서 열거된 시장지배적 지위의 인정요소, 즉, 시장점유율과 시장의 경쟁상황, 거래조건의 결정능력, 거래상대방이 행위자에 대한 의존도, 시장진입의 난이도를 종합적으로 고려하여 시장지배적 지위를 인정하였다. 물론, 이 사건에서 모든 관련시장에서 테트라팩의 시장점유율은 50%를 넘은 것으로 인정되었다.

규제 실무를 종합적으로 보면, 추정요건에 해당하는 시장점유율 하나만으로 시장지배적 지위를 인정할 수 없고, 추정요건에 미달한다고 하더라도 시장지배적 지위를 인정할 가능성이 있지만, 아직 사업자의 시장점유율이 추정요건에 미달하는데도 불구하고 시장지배적 사업자로 인정된 사례가 없는 것으로 보인다. 따라서 시장지배적 지위의 추정요건은 결국 법 집행의 예측 가능성 측면에서 중요한 역할을 담당하는 것으로 볼 수 있다.<sup>82)</sup>

## II. 시장지배적 지위 남용행위

### 1. 불공정한 고가판매/저가구매 행위

반독점법은 시장지배적 지위를 가진 사업자는 불공정한 고가로 상품을 판매하거나 불공정한 저가로 상품을 구매하여서는 아니 된다(반독점법 제17조 제1항 제1호)고 규정하고 있다. 국가발개위의 반가격독점규정에 의하면, “불공정한 고가” 또는 “불공정한 저가”를 판단할 때, ① 판매가격 또는 구매가격은 다른 사업자가 같은 종류의 상품을 판매 또는 구매할 때의 가격보다 현저히 높거나 낮은지 여부, ② 비용이 대체로 안정적인 상태에서 판매가격이나 구매가격은 정상적인 폭을 넘어서 인상되거나

---

[2016] 1号), 2016.11.09.

82) 時建中, 앞의 책, 241면.

인하되었는지 여부, ③ 상품 판매가격의 상승 폭이 비용의 상승 폭보다 현저히 높은지 여부, 상품 구매가격의 하락 폭이 거래상대방의 비용 하락 폭보다 현저히 높은지 여부 및 ④ 기타 관련 요소를 고려한다(반가격독점규정 제11조).

국가시장감독관리총국의 잠정적 규정에서 “불공정한 고가”와 “불공정한 저가”의 인정에 관하여 기존의 반가격독점규정에 비하여 “판매가격 또는 구매가격이 같은 사업자가 ‘같은 시장조건이나 유사한 시장조건을 가진 다른 구역’에서 상품을 판매하거나 구매하는 가격보다 현저히 높거나 낮은지 여부”를 추가하였다(잠정적 규정 제14조 제2항 제2호). 그리고 기존의 “판매가격 또는 구매가격이 다른 사업자가 같은 종류의 상품을 판매 또는 구매할 때의 가격보다 현저히 높거나 낮은지 여부”라는 기준에 “동일하거나 유사한 시장조건”이라는 요건을 삽입하였다. 즉, “불공정한 고가 또는 불공정한 저가를 인정할 때, 판매가격 또는 구매가격은 다른 사업자가 동일하거나 유사한 시장조건에서 같은 종류의 상품 또는 비교 가능한 상품을 판매 또는 구매하는 가격보다 현저히 높거나 낮은지 여부”를 고려하여야 한다(잠정적 규정 제14조 제2항 제1호). 시장조건이 동일하거나 유사한지 여부를 판단함에 있어서는 판매경로, 판매 형식, 공급과 수요상황, 정부의 감독 관리 정황, 거래단계, 비용구조, 거래 정황 등을 고려하여야 한다(잠정적 규정 제14조 제3항).

그런데 쉐컴 사건에서 국가발개위는 ① 쉐컴이 특허권 존속기간이 지난 표준필수특허에 대하여 실시료를 부과하는 행위, ② 실시자의 특허에 대하여 무료의 교차 라이선스를 강요하는 행위, ③ 표준필수특허(SEPs)와 비-표준필수특허(비-SEPs)를 묶어서 일괄 실시허락을 하는 동시에 쉐컴의 특허와 무관한 부분(스크린, 카메라, 배터리 등)을 포함한 전체 단말기의 도매가격을 실시료의 산정 기준으로 하는 행위를 종합적으로 고려하여 쉐컴의 실시료가 불공정한 고가에 해당한다고 판단하였다.

위 쉐컴 사건에서 국각발개위는 자기의 반가격독점규정에서 제시한 가격 비교법을 적용하지 않은 것으로 보인다. 이에 관하여 반독점법 집행

의 입장에서 불공정한 가격을 판단할 때, 주된 접근방법이 2가지가 있다고 설명된 바 있다. 하나는 비교법, 즉, 다른 사업자의 가격과의 비교 또는 사업자 자신의 가격 변화를 비교하는 것이고, 또 하나는 행위에 대한 분석법, 즉, 고가를 초래할 수 있는 경쟁제한적 행위가 존재하는지에 대한 분석이다.<sup>83)</sup>

특히, 반독점집행기구(주)는 최종 가격에 착안하여야 하는 것이 아니라 높은 가격을 초래할 수 있는 행위의 존재 여부에 치중하여야 한다.<sup>84)</sup> 높은 가격을 초래할 수 있는 행위에는 3가지의 요건이 있다.<sup>85)</sup> 첫째, 문제된 행위는 공정한 협상의 결과가 아닌 것으로 불공정성이 있다. 둘째, 문제된 행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 높은 가격을 초래하였다. 셋째, 문제된 행위는 경쟁을 저해할 수 있다.

한편, 화웨이 v. 인터디지털 사건<sup>86)</sup>에서, 광둥성고급인민법원은 주로 같은 사업자가 다른 거래상대방에게 요구한 가격 사이의 비교, 즉, 가격 차별의 현저성에 근거하여 “불공정한 높은 가격”을 인정하였다. 이 사건에서 ① 인터디지털이 요구한 실시료가 “불공정한 높은 가격”에 해당하는지 여부, ② “SEPs와 비-SEPs의 일괄실시허락”은 끼워팔기에 해당하는지 여부, ③ 인터디지털이 갖고 있는 “전세계범위의 2G, 3G, 4G에 포함된 SEPs의 일괄실시허락”은 끼워팔기에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었는데, 이 중에서 “불공정한 높은 가격”에 대한 법원의 접근방법은 아래와 같다.

화웨이는 무선통신설비의 제조사이고, 인터디지털은 화웨이의 설비생산에 필수적인 표준필수특허(SEPs)의 특허권자이다. 화웨이와 인터디지털은 모두 유럽전기통신표준협회(ETSI)의 회원이며, 인터디지털이 ETSI

---

83) 徐新宇, “濫用知識產權反壟斷規制實踐與思考-以高通公司壟斷案爲視角”, 「中國價格監管與反壟斷」, 第11期, 中國價格協會, 2015, 25면.

84) 徐新宇, 같은 논문, 25면.

85) 徐新宇, 같은 논문, 25면.

86) 화웨이 v. 인터디지털 사건, 광둥성고급인민법원(2013) 민사 제3재판부 중심 제306호 민사판결[廣東省高級人民法院 (2013) 粵高法民三終字第306号民事判決], 2013.10.21.



의 지식재산권 정책에 따라 FRAND 원칙으로 라이선스를 수여하는 것을 확약한 바 있다.

2008년 11월부터 화웨이와 인터디지털 쌍방은 표준필수특허의 실시료에 대해서 협상을 시작하였고, 2011년 7월 26일, 인터디지털이 화웨이를 상대로 미국 델라웨어(Delaware)주 법원과 미국 국제무역위원회(ITC)에 특허침해 금지명령을 청구했다. 2011년 12월 6일, 화웨이는 시장지배적 지위 남용이라는 이유로 인터디지털을 상대로 민사손해배상소송을 제기했다.

광둥성고급인민법원의 판시에 의하면, 반독점법 제17조 제1항 제1호에서 시장지배적 사업자가 불공정한 높은 가격으로 상품을 판매하는 행위를 금지하는 것은 시장지배적 지위를 가진 사업자가 그의 시장지배적 지위를 이용하여 거래상대방을 상대로 불공정한 거래행위를 행하는 것을 규제하는 것이다. 이 사건에서 인터디지털이 화웨이를 상대로 불공정한 높은 가격으로 표준필수특허의 실시료를 요구하고 있는지 여부는 관련된 사실과 증거를 종합적으로 고려하여 인정하여야 한다.

첫째, 인터디지털이 화웨이에 제시한 여러 번의 실시료제안들을 보면, 그 실시료제안들은 모두 인터디지털이 다른 거래상대방(애플, RIM, HTC, 삼성)에게 요구한 실시료보다 현저히 높은 것으로 나타났다. 공시된 판결문에는 영업비밀과 관련된다는 이유로 인터디지털이 화웨이에 제시한 실시료 및 애플이나 삼성 등 회사에 부과된 실시료의 비교결과를 가림 처리를 하였지만, 인민법원의 보도에 따르면, 2012년 인터디지털이 화웨이에 최종적으로 제시한 제안은 2009~2016년 판매량을 기준으로 2%의 비율로 특허실시료를 지급하라는 것이다. 그리고 이러한 실시료율은 삼성이나 애플에 요구한 실시료율의 십 배 심지어 수십 배에 해당한다.<sup>87)</sup>

---

87) 林勁標, “難題這樣破解—廣東高院首次解讀華為與美國IDC標準必要專利之爭”, 人民法院報, 2014.04.18, [http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2014-04/18/content\\_81042.htm?div=-1](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2014-04/18/content_81042.htm?div=-1) (검색일: 2019.04.29.).

인터디지털은 자기가 다른 거래상대방에게 요구한 고정 실시료와 화웨이에게 요구한 실시료율을 비교하여서는 안 된다고 반박하였다. 하지만, 광동성고급인민법원은 인터디지털이 다른 거래상대방에 부과한 실시료율을 밝히고 싶지 않은 상황에서 고정 실시료를 납부한 거래상대방의 판매 수익 등을 통해서 실시료율을 추산하고 화웨이에게 요구된 실시료율과 비교하는 것은 합리성이 있다고 판단하였다. 또한, 법원은 인터디지털이 화웨이에게 부과하려던 고정 실시료가 역시 그가 애플에 부과한 고정 실시료보다 현저히 높다는 것은 인터디지털도 부인할 수 없다고 제시하였다.

둘째, 인터디지털이 화웨이에게 지나친 높은 실시료를 요구하는 행위에는 정당성이 없다. 이 사건에서 거래대상이 된 것은 인터디지털의 표준필수특허 실시허락이다. 표준필수특허의 비용은 주로 연구개발, 특허 출원, 표준필수특허의 채택단계에서 이미 발생한 것이고, 비용 측면의 변화가 안정적이다. 또한, 인터디지털은 자기의 「2011년 연도보고서」에서 2009~2011년 받은 특허실시료가 해마다 하락해온 것을 시인한 바 있다. 왜냐하면, 특허실시료율이 단말기 가격과 연계되어 있어서 단말기 시장에서 경쟁이 치열해서 단말기 가격의 인하가 최종 특허실시료의 감소를 초래하기 때문이다. 이러한 상황에서 인터디지털이 전 세계에서 모바일 판매량이나 종합실력 측면에서 애플이나 삼성 등보다 훨씬 미치지 못한 화웨이에게 지나친 높은 실시료를 요구하는 행위는 단말기 시장에서 화웨이의 비용을 증가시켜 그의 경쟁력을 직접 제약할 수 있다.

셋째, 인터디지털이 화웨이의 특허에 대해서 교차 라이선스를 요구하고 미국에서 화웨이를 상대로 소송을 제기하는 행위는 지나친 높은 실시료 설정행위의 불합리성과 불공정성을 강화하였다. 일반적으로 교차 라이선스의 요구 그 자체는 일률적으로 불공정한 조건의 부과에 해당하는 것은 아니다. 이 사건에서 인터디지털은 지나친 높은 실시료를 요구하는 동시에 교차 라이선스를 요구하였다. 그러나 수량이나 가치 측면에서 인터디지털이 갖고 있는 특허보다 화웨이가 갖고 있는 특허는 훨씬 더 우위에 있다. 지나친 높은 실시료 이외에 교차 라이선스의 요구는 화웨이

가 지급할 대가를 한층 더 높이는 효과가 있어 불공정한 높은 가격의 강도를 더 심화시켰다. 한편, 인터디지털이 FRAND 의무를 무시하여 미국에서 금지명령을 청구한 것은 화웨이로 하여금 지나친 높은 실시료를 받아들이도록 하는 강제수단에 해당한다.

인터디지털은 자기가 교차 라이선스를 강요한 바 없고, 금지명령의 청구는 자신의 합법적 권리의 행사에 불과하고, 실시료에 관한 제안은 가격 설정에 해당하지 않는다고 반박하였지만, 이러한 주장들은 사실과 부합되지 않는 것으로 판단되었다. 결국, 광둥성고급인민법원은 퀄컴이 화웨이에 제시한 특허실시료와 다른 거래상대방에 부과한 특허실시료의 차별, 화웨이와 퀄컴의 다른 거래상대방 실력의 격차, 교차 라이선스 강요행위의 존재, 금지명령의 청구 등 정황을 종합적으로 고려하여 인터디지털이 화웨이에 제시한 실시료제안은 "불공정한 높은 가격"에 해당한다고 판단하였다.

그리고 양지용 v. 통신사 사건<sup>88)</sup>에서 통신사가 1초 초과하면 1분으로 통화료를 산정하는 방식이 문제가 되었는데, 상해시고급인민법원은 반독점법의 관심사는 경쟁질서, 즉, 자유경쟁을 보장함으로써 효율성을 제고하여 소비자에게 더 많은 양질 염가의 상품이나 서비스를 제공하도록 하는 것이지, 단순히 가격의 산정방식이나 가격수준에 따라서 위법성을 판단하는 것이 아니라고 판시하였다. 하지만, 상해시고급법원은 이에 덧붙여서 통화료의 계산방식의 합리성을 판단하기 위해서 기존의 비용, 이윤정황, 가격 계산방식의 변경으로 추가될 비용과 이윤의 변화상황을 종합적으로 통계하여야 해서 현재의 증거만으로 기존의 계산방식이 합리적인지 여부를 판단할 수 없다고 판시하였다. 이러한 판시에 따르면, 반독점법의 관심사가 성과가 아니라 경쟁질서이지만, 원고가 가격의 불합리성을 충분히 입증할 수 있는 경우에는 불공정한 고가나 저가는 역시 반독점법의 규제를 받을 수 있을 것이다.

---

88) 상해시고급인민법원 민사판결서 (2015) 상해시고급인민법원 민사 제3재판부(지식재산권 재판부) 중심 제23호[上海市高級人民法法院 民事判決書(2015)滬高民三(知)終字第23号], 2015.12.14.

## 2. 약탈적 가격의 설정

반독점법은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위를 금지하고 있지만(반독점법 제17조 제1항 제2호), 반독점법이나 국가발개위의 반가격독점규정에서 '비용'의 함의에 관한 설명이 없다. 새로 발령된 국가시장감독관리총국의 잠정적 규정에 따르면, “비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위를 인정함에 있어서 가격은 평균가변비용보다 낮은지 여부 위주로 고려하여야 한다. 평균가변비용이란 생산량의 변화에 따라 변화되는 생산량 1단위당 비용을 말한다. 인터넷 등 새로운 산업에서의 무료 모델과 관련된 경우에는 사업자가 무료로 제공하는 상품과 유료로 제공하는 상품의 정황을 종합적으로 고려하여야 한다(잠정적 규정 제15조 제2항).”

그리고 원래 「반부정당경쟁법」 제11조는 사업자가 경쟁사업자를 배제하는 목적으로 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 것을 금지하였는데, 반독점법의 약탈적 가격의 금지조항에서 주관적 요건이 명시되어 있지 않다. 이것이 주관적 목적에 대한 요구가 없다는 뜻이 아니라 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 판매하는 행위 자체가 경쟁사업자 배제의 목적을 시사할 수 있기 때문이라고 보는 견해가 있다.<sup>89)</sup>

한편, 시장진입장벽이 존재하지 않은 경우 시장지배적 사업자가 경쟁사업자를 시장에서 축출하고 나서 독점가격을 설정하면, 새로운 시장진입을 유인할 수 있으므로 약탈적 가격 설정으로 초래한 손실의 회복은 불가능해질 수 있다. 따라서 미국 법원은 셔먼법 제2조에 근거하여 약탈적 가격 책정행위를 판단할 때, 시장진입장벽이 존재하는지 여부, 시장지배적 사업자가 독점가격을 유지하여 손실을 회복하는 가능성을 검토한

---

89) 時建中, 앞의 책, 211면.

다. 중국 학계에서도 미국 법원의 접근방법을 찬성하는 견해가 있다.<sup>90)</sup> 따라서 사업자가 비용의 회수에 대한 기대 없이 약탈적 가격을 설정한다면, 이러한 행위는 시장질서를 교란하는 행위로서 가격의 감독·관리에 관한 법규의 규제를 받아야 할 것이다.<sup>91)</sup>

‘정당한 이유’로서 ① 생선상품, 제철상품, 유통기한이 임박한 상품과 적체상품의 할인판매, ② 채무변상, 생산품목의 전환, 휴업으로 인한 상품의 할인판매, ③ 합리적인 기한 내에 신제품의 마케팅을 위한 할인판매 등이 예시되고 있다(반가격독점규정 제12조, 국가시장감독관리총국의 잠정적 규정 제15조 제3항).

### 3. 거래거절

반독점법은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 거래상대방과의 거래를 거절하는 행위를 금지하고 있다(제17조 제1항 제3호).

반가격독점규정에 의하면, 시장지배적 지위를 가진 사업자는 정당한 이유 없이 과도한 높은 판매가격이나 과도한 낮은 구매가격의 설정을 통해서 거래상대방과의 거래를 거절하여서는 아니 된다(반가격독점규정 제13조 제1항).

남용행위금지규정에서 금지되는 거래거절은 크게 ① 계속적인 거래 관계의 중단, ② 신규거래개시의 거절, ③ 필수설비의 접근거절 3가지로 나눌 수 있다. 거래중단의 수단으로서 거래 수량의 삭감, 거래의 지연과 제한적 조건을 설정함으로써 거래 관계를 유지하지 못하게 하는 경우가 열거되어 있다(남용행위금지규정 제4조 제1항 제1호, 제2호, 제4호). 거래대상이 필수설비에 해당하는지 여부를 판단할 때, 다른 사업자가 별도로

90) 种明釗 編, 「競争法(第二版)」, 法律出版社, 2008, 287면(曹陽 집필 부분).

91) 种明釗 編, 같은 책, 287면(曹陽 집필 부분).

투자하여 대체 설비를 개발·건설하는 가능성, 거래상대방의 사업 활동에 있어서 당해 설비에 대한 의존도, 소유자가 당해 설비를 공급하는 가능성 및 공급하는 경우 소유자 자신의 사업 활동에 미치는 영향 등을 종합적으로 고려한다(남용행위금지규정 제4조 제2항).

다만, 지식재산권에 필수설비이론의 적용은 별도로 국가공상총국의 지식재산권 남용금지규정이 적용될 수 있다. ① 당해 지식재산권이 관련시장에서 합리적으로 대체될 수 없고 다른 사업자의 사업에 필수적이며, ② 당해 지식재산권의 실시허락 거절로 인하여 경쟁이나 혁신에 부정적인 영향이 초래될 수 있어서 소비자의 이익이나 공익이 저해될 수 있으며, ③ 당해 지식재산권의 실시허락은 지식재산권 소유자에게 불합리한 피해를 초래할 우려가 없는 경우에는 당해 지식재산권이 필수설비에 해당한다(국가공상총국의 지식재산권 남용금지규정 제7조).

한편, 정당한 이유에 관하여, 국가발개위는 ① 거래상대방은 심각한 신용불량 기록이 있거나 사업이 지속해서 악화하는 등 정황이 있어서 거래안전에 큰 리스크가 있는 경우, ② 거래상대방은 합리적인 가격으로 다른 사업자로부터 같은 종류의 상품 또는 대체품을 구매할 수 있거나 다른 사업자에게 합리적인 가격으로 상품을 판매할 수 있는 경우를 정당한 이유로서 예시하고 있다(반가격독점규정 제13조 제2항).

국가공상총국은 정당한 이유를 인정할 때, ① 문제된 행위는 사업자가 자신의 정상적인 사업 활동과 정상적인 이익을 위해서 채택된 것인지 여부, ② 문제된 행위가 경제적 효율성, 공익 및 경제의 발전에 미치는 영향을 종합적으로 판단한다(남용행위금지규정 제8조). 새로 발령된 잠정적 규정은 “불가항력 등 객관적 원인으로 거래할 수 없는” 경우를 정당한 이유에 추가하였다(잠정적 규정 제16조 제3항 제1호).

민사소송에서 소비자가 항공사의 결항을 시장지배적 사업자의 거래거절로 간주하고 민사손해배상소송을 제기한 사례가 있다.<sup>92)</sup> 사건 경위를

---

92) 고방 v. 중국남방항공 사건, 광둥성고급인민법원 민사 제3재판부 종심 민사판결서 제

보면, 고방이라는 소비자가 2013년 4월 15일의 항공편을 예매하였는데, 2013년 3월 25일에 항공편 취소 메시지를 받았다. 따라서 고방이라는 소비자가 어쩔 수 없이 61위안 버스비용을 더 지출하고 인접 공항에 가서 남방항공의 다른 항공편을 탑승하였다. 이에 대해서 고방은 법원에 정당한 이유 없는 결항 행위의 금지와 61위안 교통비의 변상 등을 청구하였다.

광둥성고급인민법원은 반독점법 제17조 제1항 제3호에서 금지하고 있는 거래거절은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 거래상대방과의 거래를 거절함으로써 경쟁을 배제·제한의 목적을 달성하거나 경쟁을 배제·제한의 효과를 초래한 것을 의미한다고 판시하였다.<sup>93)</sup> 당해 법원의 논리에 따르면, 일반적으로, 시장지배적 사업자가 아닌 일반 사업자는 거래를 거절할 권리가 있다. 거절을 당한 거래상대방은 다른 많은 거래처를 선택할 수 있어서 일반 사업자의 거래거절은 시장경쟁에 큰 영향을 미치지 못할 것이다. 반면, 시장지배적 사업자의 시장지배력이 강해서 거래상대방이나 소비자의 입장에서 당해 시장지배적 사업자 이외에 다른 선택지가 많지 않을 것이다. 시장지배적 사업자가 거래를 거절하면, 거래상대방의 입장에서 거래할 기회가 상실되고, 결국 경쟁이 배제·제한될 수 있다. 따라서 시장지배적 사업자는 자신의 막강한 시장지배력이나 상품 또는 서비스의 독특성(특히 필수설비의 경우) 때문에, 정당한 이유가 없으면, 거래를 거절하여서는 아니 된다.

이상의 법리를 제시하고 광둥성고급인민법원은 고방이라는 소비자는 승객으로서 남방항공과 경쟁 관계가 없어서 남방항공의 결항 행위에는 경쟁을 배제하거나 제한할 목적이 없다고 판단하였다.

이어서 광둥성고급인민법원은 반독점법 제1조의 입법목적에 따르면, 관련시장에서 지배적 지위를 가진 공공서비스 사업자는 특정한 소비자를 상대로 거래를 거절하고, 당해 소비자가 관련시장에서 일반적으로 받을

---

1141호[广东省高级人民法院 民事判决书, (2014)粤高法民三终字第1141号], 2015.05.05.  
93) 같은 판결.

수 있는 서비스를 받을 수 없게 되거나 받기 어려워진 경우에는 당해 공공서비스 사업자의 거래거절은 역시 시장지배적 지위 남용에 해당할 수 있다고 판시하였다. 이 사건에서 남방항공이 고방이라는 소비자를 특정해서 서비스의 제공을 거절한 바 없고, 고방이라는 소비자가 결항 통지를 받고 남방항공의 다른 항공편을 탑승하였다는 사실이 확인되었다. 따라서 남방항공의 결항은 개별 소비자를 특정해서 행해진 것도 아니고 경쟁제한의 목적도 없으므로 반독점법상의 시장지배적 지위 남용행위에 해당하지 않은 것으로 판단되었다.

위 판결 내용을 보면, 광동성고급인민법원은 반독점법 제1조에서 소비자 이익의 보호라는 입법목적을 개별 소비자의 이익 보호로 보고 있는 것으로 보인다. 그러나 개별 소비자 이익의 보호는 시장지배적 지위 남용의 규제가 아니라 소비자보호법을 적용하는 것이 더 적절할 것이다. 따라서 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준을 방해·배제남용과 착취남용으로 나뉘어서 정립할 필요가 있다. 착취남용의 경우에도 단순히 개별 거래 관계상의 불공정성이 있는지에 따라서 위법성을 판단하는 것이 아니라 시장지배적 사업자가 과도한 독점이익을 도모하는지 여부를 검토하여야 할 것이다.

#### 4. 배타적 거래

반독점법은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 거래상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정한 사업자와 거래하도록 하는 행위를 금지하고 있다(제17조 제1항 제4호).

반가격독점규정은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 가격할인 등의 수단으로 거래상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정한 사업자와 거래하도록 하는 행위를 금지하고 있다(반가격독점규정 제14조



제1항). 다만, 시장지배적 사업자가 ① 당해 행위의 목적은 상품의 품질과 안전의 보장을 위할 것, ② 당해 행위의 목적은 제품 인지도의 유지 또는 서비스 수준의 제고를 위할 것, ③ 당해 행위를 통해서 비용을 현저히 절감할 수 있어 효율성을 현저히 높일 수 있고, 소비자도 이로부터 생긴 이익을 누릴 수 있는 것을 입증할 수 있거나, ④ 기타 정당한 이유를 입증할 수 있다면, “정당한 이유”가 있는 것으로 인정된다(반가격독점 규정 제14조 제2항).

남용행위금지규정은 ‘거래제한행위’를 정당한 이유 없이 거래상대방으로 하여금 ① 오로지 자기와 거래하도록 하거나, ② 오로지 자기가 지정한 사업자와 거래하도록 하거나, ③ 자기의 경쟁사업자와 거래하지 않도록 하는 행위로 규정하고 있다(동 규정 제5조).

국가시장감독관리총국의 잠정적 규정은 “거래상대방으로 하여금 특정한 사업자와 거래하지 않도록 하는 행위”가 역시 이른바 ‘거래제한행위’에 해당한다고 명시하였다(잠정적 규정 제17조 제1항 제3호). 그리고 거래제한행위는 직접 제한뿐만 아니라 거래조건의 설정 등 방식을 통해서 변칙적으로 제한하는 경우도 포함한다(잠정적 규정 제17조 제2항). 거래제한행위의 정당한 이유로서 상품의 안전성이나, 지식재산권의 보호 또는 맞춤형 투자의 보호를 위해서 필수적인 경우가 예시되고 있다(잠정적 규정 제17조 제3항).

한편, 거래상대방으로 하여금 오로지 자기와 거래하도록 하는 행위 또는 자기의 경쟁사업자와 거래하지 않도록 하는 행위는 배타 조건부 거래에 해당할 수 있고, 오로지 자기가 지정한 사업자와 거래하도록 하는 행위는 거래상대방 또는 거래지역 제한에 해당할 수 있다고 보는 견해가 있다.<sup>94)</sup>

또한, 규제 실무에서 상수도사업자가 수돗물을 공급함에 있어서 거래

---

94) 윤상윤, “중국 반독점법상 시장지배적 지위 남용행위 규제에 관한 연구”, 「한중사회과학연구」, 제11권 제2호 (통권 27호), 한중사회과학학회, 2013, 218면.

상대방으로 하여금 자기가 지정한 수도시공사업자와 시공계약서를 체결하도록 하는 행위, 그리고 자기가 지정한 사업자의 수도계량기를 구매하도록 하는 행위는 "거래상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정한 사업자와 거래하도록 하는 행위"에 해당한 것으로 판단된 바 있다.<sup>95)</sup>

## 5. 끼워팔기와 불공정한 거래조건의 부과

반독점법은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 조건을 붙여서 거래하는 행위를 금지하고 있다(반독점법 제17조 제1항 제5호).

반가격독점규정은 시장지배적 사업자가 거래할 때, 가격 이외에 불공정한 비용을 부과하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 이에 관한 부연 설명이 없다(반가격독점규정 제15조).

남용행위금지규정에 따르면, 끼워팔기란 사업자가 거래 관행, 소비습관에 반하거나 상품의 기능을 무시하여 별개의 상품을 강제로 묶어서 판매하거나 결합해서 판매하는 것을 말한다(남용행위금지규정 제6조 제1항 제1호). 기타 불공정한 거래조건의 부과란 ① 계약기한, 지급방식, 운송 및 인도방식 또는 서비스의 제공방식 등에 불합리한 제한을 부과하거나, ② 상품의 판매지역, 판매대상, 애프터서비스 등에 불합리한 제한을 부과하거나, ③ 거래의 대상과 무관한 기타 거래조건을 부과하는 행위를 말한다(남용행위금지규정 제6조 제1항 제2호, 제3호, 제4호).

정당한 이유에 관하여, 국가시장감독관리총국의 잠정적 규정은 ① 업

---

95) 신장웨이우얼자치구 공상행정관리국 행정처벌결정서 [2014] 39호(新疆維吾爾自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 新工商競處 [2014] 39号), 2016.10.12.; 강소성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 제00025호(江蘇省工商行政管理局 行政處罰決定書, 蘇工商案 [2016] 00025号), 2016.11.28.

계의 관행이나 거래의 관행과 부합되거나, ② 제품 안전을 위해서 필요하거나 ③ 기술상의 필수성을 예시하고 있다(잠정적 규정 제18조 제2항).

규제 실무에서 담배 도매시장의 지배적 사업자가 일정한 가격대의 잘 팔린 담배의 공급량을 소매업체의 일정한 월평균 구매량과 평균 판매단가에 따라서 설정한 행위가 문제된 바 있다. 이러한 행위의 결과로서 소매업체는 잘 팔린 담배를 구입하기 위해서 어쩔 수 없이 원하지 않는 담배를 계속 구입할 수밖에 없게 되었다. 따라서 당해 행위가 끼워팔기에 해당하는 것으로 판단되었다.<sup>96)</sup> 이 행위와 유사하게 일정한 인기 없는 담배의 구매량에 따라 인기 담배를 공급해주는 행위가 역시 끼워팔기에 해당하는 것으로 판단된 바 있다.<sup>97)</sup> 그리고 소금 도매시장의 지배적 사업자가 잘 팔린 소금을 공급함에 있어서 일정한 비례의 적체 소금을 강제로 공급하는 것은 역시 끼워팔기에 해당하는 것으로 판단된 바 있다.<sup>98)</sup>

또한, 상수도사업자가 배관과 계량기 설치를 자기의 계열사에 맡기는 전제조건 아래서 건축사업자에게 임시 용수(用水)를 공급해주는 행위는 불공정한 거래조건의 부과에 해당하는 것으로 규제된 바 있고,<sup>99)</sup> 상수도사업자가 수도물을 공급함에 있어서 수도계량기를 반드시 자기가 제공한 것을 사용하도록 하고 배관시공은 반드시 자기가 하는 것을 강요한 행위는 역시 불공정한 거래조건의 부과에 해당하는 것으로 규제된 바 있다.<sup>100)</sup>

그 이외에 도시가스사업자가 비(非)민용 가스를 공급함에 있어서 온도·압력 자동보상장치가 없는 계량기를 사용하는 거래상대방을 상대로

---

96) 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2014] 002호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 [2014] 002号), 2014.04.07.

97) 요녕성공상행정관리기관 행정처벌결정서 [2015] 2호(遼寧省工商行政管理機關 行政處罰決定書, 遼工商處字 [2015] 2号), 2015.06.01.

98) 호남성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 2호(湖南省工商行政管理局 行政處罰決定書, 湘工商競處字 [2016] 2号), 2016.10.26.

99) 광둥성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2013] 제2호(廣東省工商行政管理局 行政處罰決定書, 粵工商經處字 [2013] 第2号), 2013.12.16.

100) 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 1호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 [2016] 1号), 2016.04.22.

가스공급계약서에서 가스계량기의 검침 숫자에 근거하여 요금을 산정하지 않고 검침 숫자에 일정한 수정계수를 곱한 결과를 가스사용량으로 삼아 가스요금을 계산한다고 약정하고 약정대로 요금을 부과한 행위는 불공정한 거래조건의 부과에 해당한 것으로 판단된 바 있다.<sup>101)</sup> 유선방송 시장에서의 지배적 사업자가 유선방송의 공급거절이나 공급지연을 수단으로 기본시청료 이외에 유료 패키지의 구매를 강요한 행위는 반독점법 제17조 제1항 제5호에서 금지되고 있는 끼워팔기나 불공정한 거래조건의 부과에 해당한 것으로 판단된 바 있다.<sup>102)</sup>

## 6. 차별취급

반독점법은 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 거래조건이 같은 거래상대방에게 거래가격 등 거래조건에 차별 취급하는 행위를 금지하고 있다(제17조 제1항 제6호).

남용행위금지규정에 의하면, 시장지배적 사업자가 정당한 이유 없이 같은 거래조건을 가진 거래상대방에게 ① 거래 수량, 종류, 품질, ② 리베이트 등과 같은 혜택, ③ 대금의 지급 조건, 상품의 인도방식, ④ 애프터서비스의 내용과 기한, 부품의 공급, 기술상의 지도 등에 있어서 차별 취급하는 행위가 금지된다(동 규정 제7조).

그리고 국가시장감독관리총국의 잠정적 규정에 의하면, '같은 거래조건'이란, 거래상대방 사이에 거래의 안전성, 거래 비용, 규모와 능력, 신용 상황, 거래단계, 거래의 지속기간 등 측면에서 거래에 실질적인 영향을 미칠 수 있는 차이가 없다는 것을 의미한다(잠정적 규정 제19조 제2

---

101) 중경시공상행정관리국 행정처벌결정서 [2014] 1호(重慶市工商行政管理局 行政處罰決定書, 渝工商經處字 [2014] 1号), 2014.04.28.

102) 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 002호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 [2016] 002号), 2016.06.07.

항). 정당한 이유로서 거래조건의 차별은 거래상대방의 실제의 수요와 부합되고 정당한 거래 관행이나 업계 관행과 부합되는 경우 및 거래조건의 차별은 신규 고객의 첫 거래에 초점을 맞추어서 합리적인 기한 안에 관측 활동에서 비롯되는 경우가 예시되고 있다(잠정적 규정 제19조 제3항).

규제 실무에서 담배 도매시장에서의 시장지배적 사업자가 잘 팔린 담배의 배분에 있어서 자기의 계열사에 더 많은 수량을 배분해주는 행위는 차별 취급에 해당하는 것으로 규제된 예가 있다.<sup>103)</sup>

그리고 소금 도매시장의 지배적 사업자가 김장철에 다른 성(省)과 인접한 지역에 있는 소매상에게 소금의 종류를 한 가지 더 추가하여 공급하는 반면에 내륙지역에 있는 소매상에게 값비싼 고급 소금만 공급하고 저렴한 소금의 공급을 거절한 행위는 역시 차별 취급에 해당하는 것으로 규제된 바 있다.<sup>104)</sup> 규제의 근거로서, 시장지배적 사업자가 이러한 차별 취급을 통해서 내륙지역 소비자의 선택권을 제한하여 소비자로 하여금 더 높은 비용을 지출하도록 함으로써 높은 이윤을 얻을 수 있는 점, 상위시장 식용 소금의 제조사에 주문한 종류와 수량은 소비자의 진실한 수요를 반영하지 않아서 제조사의 제품개발에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 점, 그리고 다른 지방과 인접한 지역에 있는 소매상과 내륙지역에 있는 소매상 사이의 경쟁에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 점이 제시되었다.

그러나 위 소금 사건에서 경쟁당국이 제시한 “다른 지방과 인접한 지역에 있는 소매상과 내륙지역에 있는 소매상 사이의 경쟁에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 점”은 막연한 추론에 불과한 것으로 보인다. 다른 지방과 인접한 지역에 있는 소매상과 내륙지역에 있는 소매상 사이에 경쟁관계가 있으면, 김장철에 내륙지역에 있는 소비자에게만 이윤율이 높은

---

103) 강소성공상행정관리국 행정처벌결정서 [2014] 제00578호(江蘇省工商行政管理局 行政處罰決定書, 蘇工商案字 [2014] 第00578号), 2014.09.29.

104) 내몽골자치구공상행정관리국 행정처벌결정서 [2016] 4호(內蒙古自治區工商行政管理局 行政處罰決定書, 內工商處罰字 (2016) 4号), 2016.08.16.

값비싼 소금을 판매하는 것은 불가능해질 것이다. 따라서 착취남용과 방해·배제남용의 위법성 판단기준 정립의 필요성은 이 사건을 통해서도 알 수 있다.

## 7. 기타 시장지배적 지위 남용 행위

반독점법 제17조 제1항은 6가지의 시장지배적 지위 남용 행위유형을 예시한 다음에, 제7호에서 “국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위”를 금지하고 있다. 이것이 반독점집행기구가 시장변화에 따라 나타나는 새로운 지위 남용행위에 대한 규제를 가능하도록 하는 입법 기술적인 조치이다.<sup>105)</sup> 테트라팩의 충성리베이트 설정행위에 대해서 국가공상총국은 처음으로 이 조항을 적용하였다. 이 사건에서 충성리베이트 행위의 인정과 위법성의 판단은 후술한다. 한편, 반독점법은 시장지배적 지위 남용행위에 대하여 공적 집행뿐만 아니라 민사소송도 허용하고 있고, 공적 집행에 불복하여 행정소송의 제기도 허용하고 있으므로 법원에도 기타 남용행위의 인정 권한을 수여할 필요가 있다고 보는 견해가 있다.<sup>106)</sup>

국가시장감독관리총국의 잠정적 규정은 이른바 ‘기타 시장지배적 지위 남용 행위’가 4가지 요건을 갖춰야 한다고 규정하고 있다. 첫째, 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있고, 둘째, 시장지배적 사업자가 경쟁을 배제·제한하는 행위를 실시하였고, 셋째, 당해 행위에 정당한 이유가 없고, 마지막으로 당해 행위로 인하여 시장경쟁에 ‘배제·제한’적 영향이 있어야 한다(잠정적 규정 제21조).

105) 정주환, “중국반독점법의 제정 과제: 한중 반독점법 비교”, 「법학논총」, 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009, 636면.

106) 鄭文通, “我國反壟斷訴訟對‘濫用市場支配地位’的誤讀”, 「法學」, 第5期, 華東政法大學, 2010, 55면.

### Ⅲ. 경쟁을 배제·제한하는 효과

#### 1. 효과요건이 요구되는지 - 입법구조에서 초래한 논란

반독점법 제1장 총칙

.....

제6조 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다.

.....

제3장 시장지배적 지위 남용

제17조 (제1항) 시장지배적 지위를 가진 사업자는 아래와 같은 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다.

(1) 불공정한 고가로 상품을 판매하거나 불공정한 저가로 상품을 구매하는 행위

(2) 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위

(3) 정당한 이유 없이 거래상대방과의 거래를 거절하는 행위

(4) 정당한 이유 없이 거래상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 하는 행위

(5) 정당한 이유 없이 상품을 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 거래조건을 부과하는 행위

(6) 정당한 이유 없이 조건이 같은 거래상대방에게 거래가격 등의 거래조건에 차별 취급하는 행위

(7) 국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위.

(제2항) 이 법에서 사용하는 “시장지배적 지위”란……

시장지배적 지위 남용행위의 규제에 관하여 반독점법은 일단 총칙 제6조에서 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하는 행위를 포괄적으로 금지하고, 제3장(시장지배적 지위 남용) 중의 제17조 제1항(남용행위의 예시조항)에서 6가지의 구체적인 행위유형과 국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위를 금지하고 있다. 6가지의 구체적인 행위유형 중에서 첫 번째 불공정한 고가나 저가의 설정행위 이외에 다른 5가지의 행위유형은 모두 정당한 이유가 없는 한 당해 행위가 금지된다는 형식으로 규정되어 있다. 그럼 남용행위의 위법성을 판단함에 있어서 경쟁제한효과가 요구되는지 여부, 요구된다면 경쟁제한효과가 어떤 방법으로 판단하여야 하는지에 관한 의문은 반독점법의 조문에서 답을 찾을 수 없다.

학계에서는 제1장 제6조에서 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 것은 오히려 경쟁을 배제·제한하는 행위가 반독점법에서 금지하는 시장지배적 지위 남용행위에 해당할 수 있다는 의미로 이해하는 견해가 있다.<sup>107)</sup> 따라서 중국에서 진행하고 있는 많은 민사소송은 아예 반독점법에 관한 소송에 해당할 수 없게 된다.

예를 들면, 개별 소비자가 통신요금의 차별 취급을 이유로 통신사를 상대로 제기한 민사손해배상소송에서, 통신사와 고객 사이에 경쟁 관계가 없고, 통신사가 고객을 상대로 하는 차별 취급은 통신사의 경쟁사업

---

107) 鄭文通, 앞의 논문, 48면.



자에게 배제나 방해할 효과가 없을 뿐만 아니라 오히려 경쟁사업자에게 고객을 밀어주는 긍정적인 효과가 있을 것이다. 게다가 통신사가 고객을 상대로 하는 차별 취급은 고객 사이의 경쟁을 직접적으로든 간접적으로든 배제·제한할 수도 없을 것이다.<sup>108)</sup>

반대로, 남용행위는 오로지 방해·배제남용만 가리키는 것이 아니라 착취남용도 포함할 수 있고, 착취남용을 규제하는 것은 중국의 현실에 맞는 것이라는 주장이 있다.<sup>109)</sup> 따라서, 전술과 같은 개별 소비자가 통신사를 상대로 요금차별을 이유로 제기한 민사손해배상소송을 놓고 보면, 통신사의 요금 설정에는 충분한 비용 근거가 있는지, 관련시장에서 다른 사업자들이 역시 같은 요금 기준을 채택하고 있는지, 요금을 부과함에 있어서 불공정성이 있는지를 충분히 검토할 필요가 있을 것이다.<sup>110)</sup> 게다가 반독점법 제17조 제1항 제1호는 '불공정한 높은 가격으로 상품을 판매'하는 행위를 금지하고 있고, 제5호는 '불공정한 거래조건을 붙여서 거래하는 행위'를 금지하고 있는 것은 착취남용금지의 법적 근거가 될 수 있다.<sup>111)</sup>

한편, 반독점법 제17조에서 예시하고 있는 착취가격의 설정, 약탈적 가격의 설정과 거래거절 등 행위 자체가 바로 시장경쟁에 악영향을 미칠 수 있는 행위로서 행위의 존재만으로 경쟁제한효과를 추정할 수 있다는 견해도 있다.<sup>112)</sup> 이에 따르면, 시장지배적 사업자가 반독점법 제17조에서 예시하고 있는 전형적 남용행위를 하였을 때, 그 행위의 효과는 시장지배적 사업자가 소재한 시장에서 발생하거나 그의 전·후방 시장에서 발생하는 경우에는 행위자가 정당한 이유를 입증하여 경쟁을 배제·제한하는 효과의 추정을 복멸시킬 수 없다면, 남용이 인정된다. 즉, 시장지배적 지

---

108) 鄭文通, 같은 논문, 51-52면.

109) 陳兵, "我國《反壟斷法》'濫用市場支配地位'條款適用問題辨識", 「法學」, 第1期, 華東政法大學, 2011, 93-94면.

110) 陳兵, 같은 논문(2011), 93면.

111) 陳兵, 같은 논문(2011), 93면.

112) 劉貴祥, "濫用市場支配地位理論的司法考量", 「中國法學」, 第5期, 中國法學會, 2016, 277면.

위 남용행위의 인정은 형법 중의 "결과범"이 아니라 "행위범"과 유사해서 법률에서 규정하고 있는 몇 가지 전형적 행위의 발생만으로 위법성이 인정될 수 있다.<sup>113)</sup> 따라서, 후술하는 치후 v. 텐센트 사건에서, 치후는 백신 프로그램 시장에 있고, 텐센트는 인스턴트 메신저 시장에 있는데, 2개의 시장은 전·후방 시장이 아니므로, 인스턴트 메신저 시장에서 선두 지위에 있는 사업자의 행위가 과연 백신 프로그램 시장에 영향을 미칠 수 있는지를 판단함에 있어서 경쟁을 배제·제한하는 효과를 검토할 필요가 있다.<sup>114)</sup>

## 2. 규제 실무에서 드러난 경향 - 효과요건 필요

최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결<sup>115)</sup> 전에, 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용의 성립요건이 되는지 여부에 관한 문제는 반독점집행기구와 법원의 많은 결정서나 판결서에서 직접 다룬 예가 드물었다. 이러한 문제가 거의 언급되지 않은 것은 반독점집행기구와 법원은 경쟁제한 효과의 입증은 필요하지 않은 것으로 여기고 있었다는 것을 시사하고 있다.<sup>116)</sup>

최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결 전에 시장지배적 지위 남용을 인정함에 경쟁제한효과가 요구된다고 명시한 판결문은 동화 v. 통신사 사건<sup>117)</sup>에 대한 1심법원의 판결 정도밖에 없어 보인다.<sup>118)</sup> 당해 사건에서

113) 劉貴祥, 같은 논문, 277면.

114) 劉貴祥, 같은 논문, 278면.

115) 치후 v. 텐센트 사건, 중화인민공화국 최고인민법원 민사판결서, (2013) 민사 제3재 관부 중심 제4호[中華人民共和國 最高人民法院 民事判決書, (2013)民三終字第4号], 2014.10.08.

116) Adrian Emch, "Effects Analysis in Abuse of Dominance Cases in China - Is Qihoo 360 v Tencent a Game-Changer?", 「Competition Law international」, Vol. 12 No. 1, 2016, p. 12.

117) 동화 v. 통신사 사건, 1심: 상해시제2중급인민법원 민사판결서 (2014) 민사 제5재관 부 1심 제59호[上海市第二中級人民法院民事判決書(2014)滬二中民五(知)初字第59号], 2

1심법원은<sup>119)</sup>반독점법 제6조, 즉 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장 지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다는 조항을 근거로 하여 경쟁제한효과가 있어야 반독점법에서 금지하는 시장지배적 지위 남용행위에 해당할 수 있다고 명시한 바 있다.

이러한 배경에서 최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결서 중 "피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있다고 하더라도, 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서는 피소 행위가 소비자와 경쟁에 초래한 부정적인 효과와 가능한 긍정적인 효과를 종합적으로 평가하여야 한다."라는 판시는 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용을 인정함에 있어서는 필수요소에 해당한다는 것을 시사하고 있다.

그리고 최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결 후, 앞서 언급한 동화 v. 통신사 사건에 대하여 2심 법원이 판결을 내리고 최고인민법원이 재심 민사재정서를 내렸는데, 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서 경쟁 제한효과가 요구된다는 것은 재차 확인된 것으로 보인다. 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

시장지배적 지위 남용행위를 인정함에 있어서 경쟁제한효과가 요구되는지에 관하여, 2심법원<sup>120)</sup>은 역시 반독점법 제6조, 즉 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다는 규정을 근거로 하여 시장지배적 지위 남용은 경쟁제한효과를 전제로 하여야 한다고 판시하였다. 그리고 2심법원은 최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결 중 "피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있

---

014.09.02.; 2심(중심): 상해시고급인민법원 민사판결서 (2014) 민사 제3재판부 중심 제 105호[上海市高級人民法院民事判決書(2014)滬高民三(知)終字第105号], 2015.01.26.; 재심: 최고인민법원 민사재정서, [最高人民法院民事裁定書, (2016)最高法民申2473号], 2016.11.28.

118) Adrian Emch, 앞의 논문, p. 12.

119) 상해시제2중급인민법원 민사판결서, (2014) 민사제5재판부(지식재산권 재판부)1심 제59호[上海市第二中級人民法院民事判決書, (2014)滬二中民五(知)初字第59号], 2014.09.02.

120) 상해시고급인민법원 민사판결서, (2014) 민사제3재판부(지식재산권 재판부) 중심 제 105호[上海市高級人民法院民事判決書, (2014)滬高民三(知)終字第105号], 2015.01.26.

다고 하더라도, 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서는 피소 행위가 소비자와 경쟁에 초래한 부정적인 효과와 가능한 긍정적인 효과를 종합적으로 평가하여야 한다.”라는 판시를 인용하고, 중국 사법계통의 규제 실무에서 시장지배적 지위를 가진 사업자가 실시한 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당하는지 여부를 판단할 때, 경쟁제한효과를 검토하여야 한다고 제시하였다.

최고인민법원은 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용의 요건이 되는지에 대한 지적 없이 이 사건의 쟁점은 남용행위의 존재 여부, 경쟁제한효과의 존재 여부, 문제된 행위로 인하여 손실을 초래하였는지 여부를 귀납하였다.<sup>121)</sup> 따라서 최고인민법원은 사실상 2심 판결 중에서 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용의 구성요건에 해당한다는 판시를 수긍하였다.

한편, 공적 집행의 주체로서의 반독점집행기구인 시장지배적 지위 남용행위의 인정요건으로서 경쟁제한효과가 있어야 한다고 명시한 바 없지만, 규제 실무를 보면 국가발개위든 국가공상총국이든 모두 위법성을 판단함에 있어서 경쟁제한효과를 검토한 것으로 나타났다. 다만 경쟁제한효과의 의미와 입증수준에는 차이가 있는 것으로 보인다. 게다가 국가지장감독관리총국의 잠정적 규정에 의하면, 반독점법상 금지하고 있는 이른바 ‘기타의 남용행위’는 4가지 요건을 갖추어야 하는데, 그중의 하나가 바로 당해 행위로 인하여 시장경쟁에 배제·제한적 영향이 있어야 하는 것이다. 이러한 규정의 제정은 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용의 성립요건에 해당한다는 것을 시사하고 있다.

### 3. 경쟁 배제·제한 효과의 함의

---

121) 최고인민법원 민사재정서, [最高人民法院民事裁定书, (2016)最高法民申2473号], 2016.11.28.

## (1) 학계의 해석: 경쟁방해효과·경쟁배제효과

반독점법은 부당한 공동행위, 시장지배적 지위 남용행위, 경쟁 배제·제한 효과나 그러한 효과가 발생할 우려가 있는 기업결합을 반경쟁적 행위로 규제하고 있다(반독점법 제3조). 그리고 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(반독점법 제6조). 한편, 반독점법상 말하는 부당한 공동행위는 경쟁을 배제·제한하는 합의, 결정이나 기타 동조적 행위를 말한다(반독점법 제13조 제2항). 따라서, 반독점법상 경쟁을 배제·제한하는 효과나 당해 효과가 발생할 우려는 3대 반경쟁적 행위의 공동의 위법성 판단기준이다.<sup>122)</sup>

반독점법은 경쟁을 배제·제한하는 효과를 정의한 바 없고, 반독점집행 기구도 이러한 위법성 기준에 대해서 해석한 바 없다. 학계에서는 '배제'와 '제한'을 2단계의 경쟁 제한 정도를 의미한 것으로 이해하는 견해가 있다.<sup>123)</sup> 즉, '배제'는 관련시장에서 경쟁사업자를 축출하고 경쟁을 완전히 제거함으로써 독점이익을 누릴 수 있는 상태를 의미하고, '제한'은 경쟁사업자를 시장에서 축출하지 않지만, 경쟁사업자의 사업 활동을 방해함으로써 관련시장에서 경쟁을 충분히 펼치지 못하게 하여 독점이익을 취득할 수 있는 상태를 의미한다.

따라서 반독점법상의 경쟁 배제·제한 효과는 한국에서 논의되는 '배제남용', '방해남용'<sup>124)</sup>과 같은 맥락에서 이해할 수 있다. '배제남용'은 시장지배적 사업자가 현실적 경쟁사업자 또는 잠재적 경쟁사업자를 시장에서 배제할 수 있는 남용행위를 의미하지만, '방해남용'은 다른 사업자의 사업 활동을 방해하여 성과경쟁에 의한 사업 활동을 곤란하게 하는 정도의

---

122) 戴龍, 앞의 책, 171면.

123) 戴龍, 같은 책, 172면.

124) 조혜신, “독점규제법상 방해남용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011, 18-19면.

행위를 말한다.<sup>125)</sup> 미국에서는 주로 배제남용이라는 용어를 사용하고 있지만, 독일에서는 방해남용이라는 용어를 자주 사용하고 있다. 이러한 개념상의 차이는 경쟁법의 목적 및 경쟁 침해의 의미에 대한 이해의 차이에서 비롯된 것이다.<sup>126)</sup> 양자는 모두 시장지배적 지위 남용규제가 경쟁자에 대한 침해가 아니라 경쟁에 대한 침해를 규제하여야 한다는 점에서 일치한다. 그러나 배제남용을 주장하는 입장에서는 시장성과의 보호에 더 치중하여 시장의 성과에 영향을 미치는 비효율적인 침해를 경쟁에 대한 침해로 이해하고 있지만, 방해남용을 주장하는 입장에서는 시장의 성과에 영향을 미치는 침해뿐만 아니라 유효경쟁 또는 성과경쟁을 불필요하게 방해하는 경쟁 과정에 대한 침해까지 경쟁에 대한 침해로 볼 수 있다고 이해하고 있다.<sup>127)</sup>

반독점법상 경쟁을 '배제'하는 효과뿐만 아니라 경쟁을 '제한'하는 효과까지 위법성의 판단기준으로 규정하고 있다. 따라서 '배제남용'과 '방해남용'은 모두 반독점법상의 반경쟁적 행위에 해당할 수 있을 것이다.

## (2) 최고인민법원 판례의 시사점: 방해효과·배제효과

동화 v. 통신사 사건에서 중국이동통신사(상해)가 개별 소비자를 상대로 통신료 연체 시 이동전화번호의 유지 기간을 단축하는 행위가 문제되었는데, 최고인민법원은 경쟁제한효과가 있어야 시장지배적 지위남용행위가 성립될 수 있다는 접근방법을 수긍한 태도를 취하고, 경쟁제한효과의 판단기준으로서 행위자의 경쟁상 우위의 강화와 경쟁사업자 경쟁능력의 방해 및 시장경쟁상황의 악화와 소비자 선택 여지의 결여를 제시하였다.<sup>128)</sup> 여기서 "행위자의 경쟁상 우위의 강화와 경쟁사업자 경쟁능력의

125) 권오승·서정, 「독점규제법 - 이론과 실무 - (제3판)」, 법문사, 2018, 155면.

126) 권오승·서정, 같은 책, 155면.

127) 권오승·서정, 같은 책, 155-156면.

128) 최고인민법원 민사재정서, [最高人民法院民事裁定书, (2016)最高法民申2473号],

방해”는 방해남용의 효과를 의미한 것으로, “시장경쟁상황의 악화와 소비자 선택 여지의 결여”는 배제남용의 효과를 의미한 것으로 이해할 수 있다. 최고인민법원의 논리를 살펴보면 아래와 같다.

소위 경쟁은 실질적으로는 2 이상의 사업자가 시장에서 더 유리한 가격, 수량, 품질이나 기타 조건을 통해서 거래기회를 쟁탈하는 행위이다. 경쟁을 배제·제한하였는지를 판단할 때, 피소 행위가 시장에서의 다른 사업자에 미치는 영향을 기준으로 하여야 한다. 이 사건에서 현재의 증거를 통해서 알 수 있듯이 중국이동통신사(상해) 외에 업계의 다른 사업자는 모두 60일이나 90일의 번호 유지 기간을 설정하고 있다. 중국이동통신사(상해)가 특정한 이용자를 상대로 번호 유지 기간을 단축하는 행위는 오로지 특정한 이용자의 이익에 영향을 미쳤지만, 다른 사업자의 사업 활동과 관계가 없다. 번호 유지 기간의 단축 때문에 행위자 자신의 경쟁 우위를 강화하거나 다른 사업자의 경쟁능력을 제한하는 가능성이 없고, 더욱이 시장의 경쟁상황에 영향을 미쳤거나 소비자의 선택 여지의 결여를 초래하지 않았다. 따라서 번호 유지 기간의 변경행위에는 경쟁제한효과가 없다.<sup>129)</sup>

#### IV. 정당한 이유 - 위법성 조각 사유

반독점법 제17조 제1항은 이른바 ‘시장지배적 지위 남용행위’를 예시적으로 열거하고 있다. 제2호 내지 제6호는 각각 부당 염매, 거래거절, 배타적인 거래, 끼워팔기와 차별 취급을 금지하고 있는데, 이 5가지의 행위유형은 모두 ‘정당한 이유 없이’를 요건으로 하고 있다. 제1호의 착취가격에는 ‘불공정하다’라는 요건을 요구하고 있지만, 가격의 공정성과 정당성은 같은 뜻으로 이해할 수 있다.<sup>130)</sup>

---

2016.11.28.

129) 같은 민사재정서.

‘정당한 이유’는 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단하는 과정에서 검토하여야 하는 요건으로서 위법성의 조각 사유에 해당한다.<sup>131)</sup> 따라서 정당한 이유의 인정 여부는 문제된 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당하는지의 관건이다. 그러면 정당한 이유의 인정기준, 정당한 이유가 있다고 하더라도 가치충돌, 예를 들면, 공정성과 효율성이 충돌되는 경우 비교형량의 작업은 어떻게 진행하여야 할지를 비롯한 문제들을 검토할 필요가 있다.<sup>132)</sup>

국가시장감독관리총국의 잠정적 규정에 의하면, 정당한 이유를 인정함에 있어서는 ① 문제된 행위가 법률·법규의 규정에 따라 행해진 것인지, ② 문제된 행위가 사회공공이익에 미치는 영향, ③ 문제된 행위가 경제적 효율성, 경제발전에 미치는 영향, ④ 문제된 행위가 시장지배적 사업자의 정상적인 사업 활동과 사업 이익을 지키기 위해서 필수적인지, ⑤ 문제된 행위가 시장지배적 사업자의 사업 발전, 투자, 혁신에 미치는 영향 및 ⑥ 문제된 행위로 인하여 거래상대방이나 소비자에게 혜택을 가져올 수 있는지를 종합적으로 고려하여야 한다(잠정적 규정 제20조).

규제 실무를 보면, 쉐컴 사건<sup>133)</sup>에서 SEPs와 비-SEPs의 끼워팔기에 관하여, 쉐컴은 ① 이미 SEPs만 실시허락하는 선택지를 제공하였지만, 다수의 실시자가 일괄실시허락을 선택하였고, ② 무선표준필수특허와 비-필수특허는 구별하기 어려워서 SEPs의 실시허락만 받으면 소송을 당할 리스크가 있으며, ③ 실시권자가 다른 비-SEPs를 선택할 수 있어서 SEPs와 비SEPs의 일괄실시허락은 경쟁을 제한할 수 없다고 주장한 바 있다.

130) 肖江平, “濫用市場支配地位行為認定中的”正当理由“, 「法商研究」, 第5期, 中南財經政法大學, 2009, 88면.

131) 肖江平, “濫用市場支配地位規制中的正当理由抗辯之界說”, 「經濟法論壇」, 第17卷, 西南政法大學經濟法學科·西南政法大學經濟法研究中心, 法律出版社, 2016, 57면.

132) 肖江平, 앞의 논문(2009), 89면; 楊文明, “濫用市場支配地位規制中的正当理由規則研究”, 「河南財經政法大學學報」, 第5期, 河南財經政法大學, 2015, 116-117면.

133) 쉐컴 사건, 중화인민공화국 국가발전과개혁위원회 행정처벌결정서, 발개위 관공청(辦公廳) 가격감독처벌 [2015] 제1호(中華人民共和國 國家發展和改革委員會 行政處罰決定書, 發改辦價監處罰 [2015] 1号), 2015.02.09.



국가발개위는 ① 쉼컴은 특허명세서를 제공하지 않았으며, 일반적으로 SEPs만 포함된 실시허락 청약을 제공하지 않은 점, ② SEPs와 비-SEPs는 구별할 수 있으며 각각 별도로 실시허락도 가능하며, 계약조항에서 SEPs의 범위를 확정하는 것은 관행이고, SEPs와 비-SEPs를 구별하는 데 일정한 비용이 발생하며 협상의 복잡성이 증가한다고 하더라도 끼워팔기의 정당한 이유가 될 수 없는 점, ③ 이미 쉼컴으로부터 비-SEPs를 구매한 이성적인 실시권자들이 일반적으로 추가비용을 지급하여 다른 비-SEPs를 선택하지 않을 것이라는 점을 고려하여 쉼컴의 위와 같은 정당화 이유를 받아들이지 않았다.

위와 같은 정당한 이유에 대한 국가발개위의 심사방법을 보면, 국가발개위는 우선 정당한 이유 항변의 '진실성'을 검토한 것으로 보인다. 이것이 정당한 이유 심사의 첫 단계로 볼 수 있다. 진실성이 없다면, 정당한 이유 항변은 성립될 수 없을 것이다. 예컨대, 이 사건에서 쉼컴은 자기가 이미 SEPs만 실시허락하는 선택지를 제공했음에도, 다수의 실시자가 자발적으로 일괄실시허락을 선택하였다고 주장하였지만, 국가발개위는 쉼컴이 특허명세서를 제공하지 않았으며, 일반적으로 SEPs만 포함된 실시허락 청약을 제공하지 않았다는 사실을 확인하였다. 한편, 진실성이 인정된 경우, 예컨대, SEPs와 비-SEPs를 구별하는 데 일정한 비용이 발생하며 협상의 복잡성이 증가한다는 주장에 대하여, 국가발개위는 그렇다고 하더라도 정당한 이유가 될 수 없다고 판단하였다. 이것은 '일정한 비용'의 절감이 경쟁제한효과를 능가할 수 없다는 뜻으로 이해할 수 있다.

테트라팩 사건에서, 테트라팩이 자기의 포장재의 사용 수량을 기준으로 하여 포장설비의 정비서비스를 제공한 행위에 대해서, 국가공상총국은 비록 다른 포장재의 사용은 정비서비스의 지출에 일정한 정도의 불확정성을 초래할 수 있지만, 완전히 예측할 수 없는 정도까지 이르지 않아서 테트라팩 포장재의 사용은 포장설비의 정상적인 작동의 필수 조건이 아니라고 판단하였다. 여기서 '필요성'이라는 정당한 이유의 성립요건이 도출될 수 있을 것이다.

그리고 인인 v. 바이두 사건<sup>134)</sup>에서, 검색엔진 사업자 바이두는 스팸링크가 많다는 이유로 인인의 노출률을 대폭으로 낮추는 행위가 문제되었는데, 북경시고급인민법원은 당해 행위에는 ‘일정한 정당성’이 있어서 시장지배적 지위 남용에 해당하지 않는다고 판시하였다. 북경시고급인민법원의 논리에 따르면, 인터넷 분야에서 눈길을 끄는 것은 사업 활동에 아주 중요한 일이다. 스팸링크의 설치를 통해서 노출 순위를 높일 수 있는데 이러한 행위를 방임하면 인터넷 분야의 경쟁질서가 파괴될 수 있고, 검색 품질이 하락할 수 있다. 검색엔진 이용자의 이익을 보호하기 위해서 되도록 스팸링크의 피해를 신속히 차단하여야 해서 바이두가 스팸링크 설치자의 신분을 확인하지 않은 채 인인의 노출률을 낮췄다고 하더라도 ‘일정한 정당성’이 있다.

위 사건에서 법원은 인터넷 분야 경쟁질서의 유지, 검색 품질의 유지, 소비자 이익의 보호를 위해서 스팸링크가 많은 웹사이트의 노출감소조치가 필요한 것으로 인정하고 이러한 이익들과 개별 사업자 노출률의 감소를 비교 형량한 것으로 볼 수 있다.

종합적으로 보면, 현재까지의 규제 실무에서 법원과 반독점집행기구는 정당한 이유를 인정함에 있어서 정당한 이유의 진실성과 행위의 필요성을 심사하고 규범적으로 이익형량을 하는 방식을 적용하고 있다. 학계에서도 정당한 이유를 인정함에 있어서 문제된 행위의 필요성과 문제된 행위로 인하여 초래한 이익은 경쟁제한효과를 능가하여야 하는 것을 강조하고 있다.<sup>135)</sup>

134) 인인 v. 바이두 사건, 북경시고급인민법원 (2010) 민사 중심 제489호 민사판결[北京市高級人民法院(2010)高民終字第489号民事判決], 2010.07.09.

135) 楊文明, “濫用市場支配地位規制中的正當理由抗辯研究”, 西南政法大學 博士論文, 2016, 216면.

## 제4절 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안

2015년 국가발개위의 지시에 따라 중국정법대학교 경쟁법연구센터가 “반독점법의 개정에 관한 건의”라는 과제를 맡은 바 있다.<sup>136)</sup> 이 과제의 진행 과정에서 연구팀은 기업, 사업자단체, 변호사사무실 등을 대상으로 설문 조사를 광범위하게 진행하였고, 본토의 경험과 해외의 제도를 참고하면서 “반독점법 개정에 관한 전문가 건의안”을 작성하였다. 2017년 9월, 중국정법대학교 경쟁법연구센터는 「반독점법(개정 건의안)」에 관한 좌담회를 개최한 바 있다. 전국인민대표대회 법률업무위원회, 최고인민법원, 국가발개위, 상무부, 국가공상총국, 국무원반독점위원회의 전문가 자문팀에서 온 공무원이나 학자들이 함께 30명 가까이 좌담회에 참석하고 의견을 나누었다.

2018년 11월, 국무원의 반독점법 10주년 기자 회견에서, 국가시장감독관리총국 부국장 겸 국무원반독점위원회 비서장은 중국의 경제발전속도가 신속하고 전 세계의 경제환경이 역시 변화하였으므로 현행 반독점법 중의 일부 조항은 이미 현재와 장래의 수요에 대응할 수 없게 되었다고 발언하였다.<sup>137)</sup> 그리고 이번 발언에 따르면, 국무원반독점위원회는 반독점법의 개정을 매우 중시하며 이미 반독점법의 개정을 업무계획에 포섭하였고, 전국인민대표대회 상무위원회는 역시 반독점법의 개정을 입법계획에 포섭하였다. 전문가 연구팀은 이미 국무원반독점위원회의 지시에 따라 연구를 시작하였고, 관련된 부서, 학자, 사업자, 변호사대표의 의견을 광범위하게 수렴하였고, 반독점법 개정에 관한 연구보고서와 개정 건의안을 작성하였다.

136) “중국정법대학교 경쟁법연구센터 「반독점법(개정 건의안)」에 관한 좌담회 성공 개최(中國政法大學競爭法研究中心成功舉辦《反壟斷法(修訂草案建議稿)》座談會)”, 2017.09.05., <http://www.competitionlaw.cn/info/1037/25095.htm>(검색일: 2019.06.28.).

137) “「반독점법」의 개정에 관한 업무는 순조롭게 추진되고 있다(《反壟斷法》修訂工作正有序推進)”, 국무원 신문사무실 웹사이트, <http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/37601/39282/zy39286/document/1641634/1641634.htm>(검색일: 2019.06.29.).

2019년 5월, ‘중국정법대학교 경쟁법연구센터 「반독점법」 개정 과제팀’은 “반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 대조표”를 공개하였다.<sup>138)</sup> 이 중에서 시장지배적 지위 남용과 관련된 내용은 아래와 같다.

[표 1] 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 대조표

반독점법 개정에 관한 전문가 건의안 대조표 (시장지배적 지위 남용과 관련된 부분)		
반독점법 제1장 총칙		
조항명칭	원문	개정 건의
시장지배적 지위 남용금지에 관한 일반조항	제6조 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다.	총칙에서 삭제하고 제3장으로 옮긴다.
	제3장 시장지배적 지위 남용	제3장 시장지배적 지위, 상대적 우월적 지위 남용
시장지배	제17조 제2항 이 법에서	제20조 제1항 시장지배적

138) 중국정법대학교 경쟁법연구센터 「반독점법」 개정과제팀, “「中華人民共和國反壟斷法」專家修改建議稿全文對照”, 2019.05.24, <http://www.competitionlaw.cn/info/1138/26864.htm>(검색일: 2019.06.27.).

<p>적 지위의 및 인정 요소</p>	<p>시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 기타 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력을 갖춘 시장 지위를 말한다.</p> <p><b>제18조</b> 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부를 인정함에 있어서는 아래와 같은 요소를 근거로 하여야 한다.</p> <p>(1) 관련시장에서 당해 사업자의 시장점유율 및 관련 시장에서의 경쟁상황</p> <p>(2) 당해 사업자가 판매시장이나 원자재 구매시장을 지배하는 능력</p> <p>(3) 당해 사업자의 재력과 기술조건</p> <p>(4) 당해 사업자에 대하여 거래상대방의 의존도</p> <p>(5) 기타 사업자의 시장진입 난이도</p> <p>(6) 당해 사업자의 시장지</p>	<p>지위를 가진 사업자는 시장 지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다.</p> <p><b>제2항</b> 이 법에서 시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 기타 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력을 갖춘 시장 지위를 말한다.</p> <p><b>제3항</b> 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부를 인정함에 있어서는 아래와 같은 요소를 근거로 <u>할 수 있다.</u></p> <p><u>(1) 관련시장에서 관련상품의 판매금액, 판매 수량 또는 기타 중요한 지표에 따라 확정된 당해 사업자의 시장점유율</u></p> <p>(2) 관련시장에서의 경쟁상황</p> <p>(3) 당해 사업자가 판매시장이나 원자재 구매시장을 지배하는 능력</p>
------------------------------	--	--

	배적 지위 인정과 관련된 기타 요소	<p>(4) <u>경쟁사업자를 상대로 당해 사업자의 재무능력과 기술조건</u></p> <p>(5) 당해 사업자에 대하여 거래상대방의 의존도</p> <p>(6) 당해 사업자의 상품이 <u>용자의 수 및 당해 사업자의 상품에 대하여 이용자의 의존도</u></p> <p>(7) 당해 사업자가 <u>관련된 데이터를 지배하고 처리하는 능력</u></p> <p>(8) <u>거래상대방의 협상력</u></p> <p>(9) 기타 사업자의 시장진입 난이도</p> <p>(10) 당해 사업자의 시장 지배적 지위 인정과 관련된 기타 요소</p>
시장지배적 지위의 추정, 공동의 시장지배적 지위	<p><b>제19조 제1항</b> 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사업자는 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정할 수 있다.</p> <p>(1) 1 사업자의 시장점유율이 1/2 이상</p>	<p><b>제21조 제1항</b> 1 사업자의 시장점유율이 1/2 이상이면, 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정할 수 있다.</p> <p><b>제2항</b> 2 사업자가 <u>전체로서</u> 시장점유율의 합계가 2/3 이상, 또는 3 사업자가 <u>전체로</u></p>

	<p>(2) 2 사업자의 시장점유율의 합계가 2/3 이상</p> <p>(3) 3 사업자의 시장점유율의 합계가 3/4 이상</p> <p><b>제2항</b> 전항 제2호, 제3호의 경우, 시장점유율이 1/10 미만인 사업자가 있으면, 당해 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정하여서는 아니 된다.</p> <p><b>제3항</b> 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정된 사업자가 증거를 제출하여 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다는 것을 증명할 수 있으면, 당해 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정하여서는 아니 된다.</p>	<p>선 시장점유율의 합계가 3/4 이상이면, 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정할 수 있다. 다만, 이 중에서 시장점유율이 1/10 미만인 사업자가 있으면, 당해 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정하여서는 아니 된다.</p> <p><b>제3항</b> 전항에 근거하여 <u>2 이상의 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정하는 경우에는 관련상품의 동질화 정도, 관련시장의 투명도 및 사업자 행위의 일치성 등 요소를 고려하여야 한다.</u></p> <p><b>제4항</b> 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정된 사업자가 증거를 제출하여 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다는 것을 증명할 수 있으면, 당해 사업자가 시장지배적 지위를 가진 것으로 추정하여서는 아니 된다.</p>
시 장 지 배 적 지 위 남 용 행 위	<b>제17조</b> 시장지배적 지위를 가진 사업자는 아래와 같은 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다.	<b>제22조 제1항</b> 시장지배적 지위를 가진 사업자는 아래와 같은 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다.

	<p>(1) 불공정한 고가로 상품을 판매하거나 불공정한 저가로 상품을 구매하는 행위</p> <p>(2) 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위</p> <p>(3) 정당한 이유 없이 거래상대방과의 거래를 거절하는 행위</p> <p>(4) 정당한 이유 없이 거래상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 하는 행위</p> <p>(5) 정당한 이유 없이 상품을 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 거래조건을 부과하는 행위</p> <p>(6) 정당한 이유 없이 조건이 같은 거래상대방에게 거래가격 등 거래조건에 차별 취급하는 행위</p> <p>(7) 공무원 반독점집행기가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위.</p>	<p>다.</p> <p>(1) 불공정한 거래가격으로 상품을 판매하거나 구매하는 행위</p> <p>(2) 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위</p> <p>(3) 거래상대방과의 거래를 거절하는 행위</p> <p><u>(4) 거래상대방의 거래처 선택을 제한하거나 변칙적으로 제한하는 행위</u></p> <p>(5) 상품을 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 거래조건을 부과하는 행위</p> <p><u>(6) 서로 다른 거래상대방에게 거래가격 등 거래조건에 차별 취급하는 행위</u></p> <p>(7) 공무원 반독점집행기가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위.</p> <p><u>제2항 시장지배적 지위를 가진 사업자가 전항 제1호의 행위를 실시한 경우 가격의 공정성을 증명할 수 있으면, 전항 제2호-제6호의 행위를</u></p>
--	--	---



		<u>실시한 경우 정당한 이유를 증명할 수 있으면, 금지하지 않는다.</u>
상 대 적 우 월 적 지 위 남 용		<p><u>제23조 제1항</u> 사업자는 상대적 우월적 지위를 이용하여 거래상대방의 거래처 선택을 제한하거나, 거래상대방과 다른 거래처의 거래조건을 제한하거나, 거래상대방에게 불합리한 비용을 부과하거나 거래상대방으로 하여금 기타 경제적 이익을 제공하도록 하거나, 기타 불공정한 거래조건을 부과하여서는 아니 된다.</p> <p><u>제2항</u> 상대적 우월적 지위를 가진 사업자가 전항 행위를 실시한 경우, 정당한 이유의 존재를 증명할 수 있으면, 금지하지 않는다.</p> <p><u>제3항</u> 이 법에서 이른바 ‘상대적 우월적 지위’란, 구체적인 거래 관계에서, 거래 일방이 자금, 기술, 시장진입, 판매경로, 원자재 구매 등 측면에서 우월적 지위에 있고, 타방이 당해 사업자에 대한 의존도가 높아서 다른</p>

		<u>사업자로 거래처 전환하기 어려운 경우, 당해 사업자가 가진 지위를 말한다.</u>
정 당 한 이 유 의 인정기준		<p><u>제24조 이 법 제22조, 제23 조에서 말하는 “정당한 이 유”를 인정함에 있어서, 아 래와 같은 요소를 고려하여 야 한다.</u></p> <p><u>(1) 문제된 행위가 경제적 효율성이나 사회공공이익에 미치는 영향,</u></p> <p><u>(2) 문제된 행위가 법령에 따라 필수적으로 수행하여야 할 행위에 해당하는지 여부, 경제적 효율성이나 사회공공 이익의 실현에 필수적인 행 위에 해당하는지 여부,</u></p> <p><u>(3) 문제된 행위가 소비자 에게 혜택을 가져올 수 있는 지 여부,</u></p> <p><u>(4) 문제된 행위가 관련시 장의 실제 또는 잠재적 경쟁 을 배제하거나 심각히 제한 하는지 여부</u></p>

위 “반독점법 개정에 관한 전문가 건의안(“전문가 건의안”)에서, 우선

제1장 총칙 제6조를 제3장 제20조(시장지배적 지위의 함의와 인정요소) 제1항으로 이동하였다. 그러나 제20조 제1항이 과연 제22조(시장지배적 지위 남용행위)의 위법성 요건에 해당하는지 여부는 여전히 명백하지 않다는 문제점이 있다. 제22조는 여전히 일정한 남용행위를 열거하고 시장지배적 사업자가 정당한 이유를 증명할 수 있는 경우 당해 행위가 금지되지 않는다는 식으로 규정하고 있다.

그리고 제3장의 명칭은 ‘시장지배적 지위, 상대적 우월적 지위 남용’으로 변경되었다는 것도 주목할 필요가 있다. 전문가 건의안에서 제3장 시장지배적 지위 남용행위규제에 거래상 지위 남용행위규제를 새로 추가하였다. 거래상 지위를 인정함에 있어서는 거래 관계에서 거래상대방의 의존도에 착안점을 두고 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 전문가들은 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 구별을 인식하여 거래상 지위 남용규제를 새로운 제도로 반독점법에 도입하고자 하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 전문가 건의안 제22조(시장지배적 지위 남용행위)와 제23조(거래상 지위 남용)는 모두 일정한 남용 행위유형을 열거하고 시장지배적 지위나 거래상 지위를 가진 사업자가 정당한 이유를 증명할 수 있으면 당해 행위가 금지되지 않는다는 식으로 규정하고 있다. 그리고 제24조(정당한 이유의 인정기준)는 이 법 제22조, 제23조에서 말하는 “정당한 이유”를 인정함에 있어서, 아래와 같은 요소를 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에는 같은 위법성 조각 사유를 적용한다는 뜻이다.

이른바 “정당한 이유”의 고려요소로서 ① 문제된 행위가 경제적 효율성이나 사회공공이익에 미치는 영향, ② 문제된 행위의 필요성, 즉, 당해 행위는 법령에 따라서 반드시 실시하여야 할 행위에 해당하는지 여부, 경제적 효율성이나 사회공공이익의 실현에 필수적인 행위에 해당하는지 여부, ③ 문제된 행위는 소비자에게 혜택을 가져올 수 있는지 여부, ④ 문제된 행위는 관련시장에서의 실제 또는 잠재적 경쟁을 배제하거나 심

각히 제한하는지 여부 등이 열거되고 있다.

결국, 반독점법 개정 전문가 건의안에 따르면 거래상 지위 남용행위의 위법성은 경쟁제한성에서 찾고 있는 것으로 볼 여지가 있다. 반독점법이라는 법률명칭을 그대로 두고 제3장 시장지배적 지위 남용규제에 거래상 지위 남용규제의 내용을 더 추가하고, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위를 원칙적으로 금지하고, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에 대하여 동일한 정당한 이유 인정기준을 적용하는 것은 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용 위법성 판단기준의 혼선문제를 품고 있는 것으로 보인다.

## 제3장 중국 남용규제를 둘러싼 쟁점

### 제1절 관련시장 확정, 지배적 지위 인정 생략할 수 있는지

#### I. 쟁점의 촉발 - 치후 v. 텐센트 판결을 계기로

반독점법상 '시장지배적 지위'는 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 시장진입을 방해할 수 있는 시장 지위로 정의되고 있다(반독점법 제17조 제2항). 이 정의에 따르면, 시장 지배적 지위를 판단할 때, 우선 관련시장을 확정하여야 한다.

그러나 미국 2010 수평적 합병 가이드라인<sup>139)</sup>의 영향을 받아서 중국 학계에서 독점규제의 실효성을 제고하기 위해서 부당한 공동행위와 시장 지배적 지위 남용을 규제함에 있어서도 반독점집행기구는 역시 관련시장을 확정하지 않고 직접 경쟁제한효과를 평가할 수 있다는 주장이 제기된 바 있다.<sup>140)</sup>

---

139) Horizontal Merger Guidelines(2010.08.19.) "4. Market Definition .....The Agencies' analysis need not start with market definition. Some of the analytical tools used by the Agencies to assess competitive effects do not rely on market definition, although evaluation of competitive alternatives available to customers is always necessary at some point in the analysis.

Evidence of competitive effects can inform market definition, just as market definition can be informative regarding competitive effects. For example, evidence that a reduction in the number of significant rivals offering a group of products causes prices for those products to rise significantly can itself establish that those products form a relevant market. Such evidence also may more directly predict the competitive effects of a merger, reducing the role of inferences from market definition and market shares."

140) Long Dai, "Relevant Market Definition in U.S. Antitrust Law and the

그리고 최고인민법원이 치후 v. 텐센트 판결에서 모든 사건에서 관련 시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 판시한 것은 관련시장확정의 생략에 관한 논란을 촉발하였다. 이 사건에서 항소인(1심 원고) 치후는 “360”이라는 백신 프로그램의 운영자이며, 중국 백신 프로그램 시장에서 1순위의 사업자로서 70% 이상의 시장점유율을 보유하고 있다. 피항소인(1심 피고) 텐센트는 “QQ”라는 인스턴트 메신저의 운영자이며, 중국 인스턴트 메신저 시장에서 1순위의 사업자로서 80% 이상의 시장점유율을 보유하고 있다.

2010년 9월, 텐센트는 “QQ메신저”와 “QQ 소프트웨어관리”를 패키지로 설치하도록 하고, 설치 과정 중에서 이용자에게 “QQ 소프트웨어관리”의 일괄설치를 알려주지 않았다.

2010년 9월 21일, 텐센트는 현재 사용 중인 “QQ 소프트웨어관리”와 “QQ 의사”는 자동으로 “QQ PC 집사”로 업그레이드될 것이라고 공지하였다.

2010년 10월 29일, 치후는 “360 QQ 경호”라는 소프트웨어를 출시하고, QQ메신저의 작동을 방해하였다.

2010년 11월 3일, 텐센트는 치후가 QQ메신저에 대한 침해와 비방을 중단하기 전에 360 소프트웨어를 설치한 PC에서 QQ의 작동을 중단하겠다고 공지하였다(“양자택일”행위).

2010년 11월 4일, 치후는 “360 QQ 경호”의 리콜을 공지하고, QQ메신저와 360소프트웨어가 다시 동시에 작동할 수 있게 되었다고 공지하였다.

그다음에 치후는 텐센트가 인스턴트 메신저 시장에서 시장지배적 지위

---

Alternatives of China”, 「Revue Juridique Thémis」, Vol. 45, 2011, P. 586, [https://ssl.editionthemis.com/uploaded/revue/article/21893\\_45-3%20Long.pdf](https://ssl.editionthemis.com/uploaded/revue/article/21893_45-3%20Long.pdf); 戴龍, 앞의 책, 86면.

를 갖고 있고, 그의 패키지 설치행위는 끼워팔기에 해당하고, “양자택일” 행위는 배타적 거래에 해당한다고 주장하면서, 민사손해배상소송을 제기하였다.

1심법원은 원고가 주장한 관련시장을 부정하고 나서 다시 관련시장을 명확하게 확정하지 않았다. 그리고 1심법원은 가령 원고가 주장한 관련 시장이 인정된다고 하더라도, 텐센트가 거래조건을 결정할 능력이 있는지 여부, 거래상대방의 텐센트에 대한 의존도, 시장진입장벽의 존재 여부, 시장에서의 경쟁 정도, 경쟁사업자들의 재력과 기술조건 등을 종합적으로 고려하여 텐센트가 시장지배적 지위를 갖지 못한다는 결론을 내렸다. 원고는 이에 불복하여 최고인민법원에 항소하였다. 항소이유 중의 하나가 바로 1심법원이 관련시장을 확정하지 않은 것은 심리미진에 해당한다는 것이다.

이러한 항소이유에 대해서, 최고인민법원은 우선 시장지배적 지위 남용사건을 재판할 때 무조건 관련시장을 명확하게 확정하여야 하는 것이 아니라고 판시하였다. 최고인민법원의 판시에 따르면, 경쟁행위는 일정한 시장 범위에서 펼쳐지는 것이다. 관련시장의 획정을 통해서 경쟁사업자의 범위와 경쟁압력을 식별할 수 있다. 시장지배적 지위 남용사건에서 관련시장의 합리적인 획정은 사업자의 시장 지위의 인정, 사업자의 행위가 경쟁에 미치는 영향, 행위의 위법성 및 법적 책임을 분석함에 있어서는 중요한 역할을 담당한다. 따라서 관련시장의 획정은 전체 검토 작업 중의 중요한 단계이다. 그러나 관련시장을 명확하게 확정할 수 있는지 여부는 제출된 증거, 관련된 데이터의 획득 가능성, 관련된 경쟁 분야의 복잡성 등에 좌우된다. 관련시장을 명확하게 확정하지 않는다고 하더라도 경쟁제한효과에 관한 직접적인 증거를 통해서 사업자의 시장 지위와 사업자의 행위가 경쟁에 미칠 수 있는 영향을 평가할 수 있다.

이어서 최고인민법원은 시장지배적 지위 남용사건에서 타인이 시장지배적 지위를 남용하였다고 주장하는 자가 관련시장에 대해서 입증책임을 진다고 명시하였다. 따라서, 법원은 증거, 당사자의 주장과 전문가의 의

견 등을 종합적으로 고려하여 당사자가 획정한 관련시장의 합리성을 판단할 것이다. 만약에 당사자가 획정한 관련시장이 합리적이지 않다면, 법원은 가능한 한 사건의 구체적인 정황에 따라서 관련시장을 다시 획정하여야 한다. 그러나 증거, 데이터와 경쟁의 복잡성 때문에, 일부 사건에서 관련시장의 획정은 지극히 어려울 수 있다.

결론적으로 최고인민법원은 1심법원이 이미 원고의 관련시장에 관한 주장을 검토하고 판단을 내렸고 단지 이 사건에서 관련시장의 경계선이 뚜렷하지 않기 때문에 1심법원이 관련시장을 명확하게 획정하지 않았을 뿐이라고 판단하였다.

최고인민법원은 1심법원이 관련시장을 명확하게 획정하지 않은 것은 심리미진에 해당하지 않은 것으로 판단하였지만, 직접 관련시장을 다시 획정하였다.<sup>141)</sup> 이어서 최고인민법원은 온라인 메신저 시장의 동태적인 특징, 다수 경쟁사업자의 존재, 플랫폼 사이 경쟁압력의 존재, MSN의 이용자 수가 급속 하락한 선례, 관련시장의 개방성, 멀티호밍 효과 등 정황을 종합적으로 고려하여 현재의 증거만으로 텐센트가 시장지배적 지위를 갖고 있다고 단정하기에 부족하다고 판시하였다.

그리고 최고인민법원은 원래 피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있지 않은 것으로 판단된다면, 더는 경쟁제한효과의 유무를 검토할 필요가 없지만, 시장지배적 지위의 유무가 아주 명확하지 않을 때 한 걸음 더 나아가 경쟁제한효과를 검토함으로써 시장지배적 지위의 존재 여부에 관한 판단의 정확성을 검증할 수 있다고 판시하였다.

결국, 최고인민법원은 경쟁제한효과를 검토하고 나서 문제된 행위로 인하여 경쟁제한효과를 초래하지 않았다는 것은 문제된 행위가 반독점법에서 금지하고 있는 시장지배적 지위 남용행위에 해당하지 않는다는 것

---

141) 이 사건에서 구체적인 관련시장의 획정방법과 시장지배적 지위의 인정방법에 관하여, 참조: 진병·김한신, “인터넷 경제 하에서의 시장지배적지위의 인정 - 중국의 “치후360대 텅쑤QQ” 사건을 중심으로”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 340-345면.



을 의미할 뿐만 아니라, 시장지배적 지위의 부존재를 재차 확인하는 효과가 있다고 판시하였다.

## II. 학술계의 논란

관련시장 획정의 생략에 대해서 긍정적으로 보는 입장에서, 관련시장의 획정이 지나치게 어렵거나 불가능한 경우에는 어떤 행위가 이미 직접 경쟁과 소비자 후생에 부정적인 영향을 초래했으면 정당한 이유가 없는 한, 행위의 효과로부터 시장지배적 지위를 인정하는 것이 합리적이다.<sup>142)</sup> 그리고 시장지배적 지위는 여러 가지 방법으로 평가될 수 있다. 구조를 통해서 시장지배적 지위를 판단하는 경우에만, 관련시장의 획정은 필수적이다.<sup>143)</sup> 다만, 관련시장은 명확하게 획정할 필요가 없다는 판시는 일반화하여서는 아니 되고, 다수의 전통 산업에서 관련시장 획정을 통해서 산정하는 시장점유율은 여전히 시장지배력과 경쟁제한효과를 예시하는 중요한 지표이다.<sup>144)</sup>

한편, 관련시장의 획정을 완전히 포기하거나, 어렵다거나 특정한 혁신 산업에만 관련시장의 획정을 포기해도 된다는 견해에 대한 의문도 제기되었다. 그 이유로서, 첫째, 경쟁제한효과가 이미 발생하고 그 정도가 충분히 인지 가능할 정도까지 이른 상태에서 굳이 관련시장의 획정과 시장 점유율로부터 시장지배력을 추론하는 데에 집착할 필요가 없다는 주장은 일리가 있지만, 문제된 행위로 인하여 경쟁제한효과가 아직 인지 가능할 수준까지 이루지 못한 경우에는 관련시장을 획정하지 않고 시장지배력의

142) 黃勇·蔣瀟君, “互聯網產業中‘相關市場’之界定”, 「法學」, 第6期, 華東政法大學, 2014, 98면.

143) 黃勇·蔣瀟君, 같은 논문, 97면.

144) Yong Huang & Xin Zhang, “The 3Q Case and the abuse of dominance analysis und China’s Anti-Monopoly Law”, 「Competition Policy International」, Vol. 11 No. 1, 2015, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/The-3Q-case.pdf>(검색일: 2018.08.26.).

강도조차 심사하지 않은 상황에서 효과의 발생 가능성을 검토하는 것은 적절하지 않을 것이다.<sup>145)</sup> 나아가 문제된 행위로부터 경쟁제한효과가 야기될 수 없다고 판단하고, 경쟁제한효과의 부존재를 근거로 시장지배적 지위의 존재까지 부정하는 경우 과소집행의 우려가 있다.<sup>146)</sup> 왜냐하면, 이번 사건에서 문제된 행위 때문에 경쟁제한효과가 발생할 우려가 없다는 것으로부터 시장지배적 지위의 부존재를 추론하면, 이것이 향후 행위자의 기타 행위에 대해서도 시장지배적 지위 남용으로 규제할 수 없게 함으로써 사업자에게 면죄부를 부여하는 것과 마찬가지로 때문이다.

둘째, 관련시장 확정의 어려움 때문에 관련시장을 포기할 수 있다는 견해에 관하여, 최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결문에서도 “증거, 데이터와 경쟁 복잡성의 국한 때문에 특정한 사건에서 관련시장을 뚜렷하게 확정하는 것이 지극히 곤란하다”라고 명시한 바 있다. 이러한 판시는 지극히 어렵다면 관련시장을 명확하게 확정하지 않아도 된다는 것을 암시하고 있는 것으로 이해될 수 있다. 그러나 주지하다시피 관련시장의 확정은 항상 어려운 작업이 부수되고, 어려움의 구체적인 등급을 객관적으로 측정할 방법도 존재하지 않는 이상 어렵다고 해서 관련시장의 확정 작업을 포기할 수 있다면, 집행상의 불일관성 문제가 초래될 수 있을 것이다.<sup>147)</sup>

셋째, 특정한 비전통적인 산업에만 관련시장의 확정을 생략할 수 있다는 주장에 관하여, 일단 최고인민법원의 판결에서는 그러한 의사를 명시한 바 없다. 나아가 어느 산업은 비전통적인 산업에 귀속할 수 있는지, 어느 정도의 혁신 중요성이나 기타 특징이 인정되어야 당해 산업은 관련시장 확정의 예외로 볼 있는지도 명백하지 않다. 결국, 수범자의 입장에서는 집행의 예측가능성이 떨어질 수밖에 없을 것이다.<sup>148)</sup>

---

145) Yong Lim & Yunyu Shen, “A Tale of Two Courts: Handling Market Definition in abuse of Dominance Cases under Market Share-Based Statutory Power Presumptions in China and Korea”, 「Competition Policy International, Antitrust Chronicle」, vol. 2., 2015, p. 9.

146) Yong Lim & Yunyu Shen, 같은 논문, p. 9.

147) Yong Lim & Yunyu Shen, 같은 논문, p. 13.

### Ⅲ. 후속판례에서 시장지배적 지위 인정 없이 위법성 판단의 허용

동화 v. 통신사 사건에서 상해시고급인민법원(2심법원)은 치후 v. 텐센트 판결 중 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한효과에 관한 직접적인 증거를 통해서 사업자의 시장 지위와 사업자의 행위가 경쟁에 미칠 수 있는 영향을 평가할 수 있다는 판시를 인용하면서, 이 사건에서 통신사가 선불폰 고객을 대상으로 통신료 연체 시 이동전화번호의 유지 기간을 90일에서 60일까지 단축하는 행위는 경쟁제한효과가 명백히 있거나, 혹은 경쟁제한효과가 명백히 없는 경우에는 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 판시하고, 관련시장을 확정하지 않은 채 경쟁제한효과의 부정을 통해서 문제된 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당하지 않다는 판결을 내렸다. 재심에서 최고인민법원은 역시 관련시장을 언급하지 않은 채 경쟁제한효과의 부존재를 확인하고 재심신청을 각하하였다. 이 사건의 구체적인 사실관계와 재판과정은 아래와 같다.

2010년 동화라는 소비자는 중국이동통신사(상해)의 선불폰 서비스에 가입하였는데, 당해 서비스의 설명서에 따르면 가입자는 실명으로 통신 서비스에 가입하여야 하며, 등록 정보와 실제의 정보가 일치하지 않는 경우에는 통신사가 가입자에게 정보수정을 통지할 수 있고, 가입자가 수정하지 않거나 연락이 안 되는 경우 통신사는 통신서비스를 중단할 수 있다. 그리고 선불 요금이 소진된 후 통신서비스가 중단되지만 90일의 번호 유지 기간이 있다. 90일의 번호 유지 기간 안에 충전되면, 서비스가 재개된다.

2012년 5월 31일, 동화의 핸드폰은 선불 요금이 소진됨에 따라 통신서

---

148) Yong Lim & Yunyu Shen, 같은 논문, pp. 13-14.

비스가 중단되었다.

2012년 8월 21일, 동화는 충전이 안 된다고 해서 중국이동통신사(상해)와 연락하였는데, 통신사는 동화가 실명등록 절차를 안 했다는 이유로 영업점에 방문하라고 하였다.

2012년 9월 7일, 동화와 중국이동통신사는 새로 통신서비스계약을 체결하였는데, 신 계약서에서 번호 유지 기간은 60일로 설정되어 있었다.

동화는 중국이동통신사가 원래 90일의 번호 유지 기간 안에 서비스를 중단하고 번호를 회수하는 행위가 거래거절에 해당하고, 후불 이용자에게 회선의 임의적 추가를 허용하는 반면에 선불 이용자의 번호 유지 기간을 90일에서 60일로 단축하는 행위가 차별 취급에 해당한다는 이유로 소송을 제기하였다.

1심법원은 「최고인민법원의 규정」<sup>149)</sup> 제1조 "이 규정에서 반경쟁적 행위로 유발된 민사분쟁 사건이란, 반경쟁적 행위로 인하여 피해를 입은 자연인, 법인이나 기타 조직이 인민법원에 제기한 민사소송 사건 및 계약의 내용이나 사업자단체의 정관 등이 반독점법에 위반되어 분쟁이 일어나서 자연인, 법인이나 기타 조직이 인민법원에 제기한 민사소송 사건을 말한다."를 근거로 하여 반경쟁적 행위에 관한 민사소송을 두 가지로 나누었다. 하나는 반경쟁적 행위로 인하여 피해를 입은 자가 제기한 소송이고, 다른 하나는 계약 내용이나 사업자단체의 정관에 대해서 제기한 소송이다. 1심법원은, 이 사건에서 원고는 반경쟁적 행위로 인하여 자기가 피해를 입었다고 주장하기 때문에, 이 사건은 ① 피고의 행위가 시장 지배적 남용행위에 해당하는지 여부, ② 원고의 손실이 있는지 여부, 남용행위와 손실 사이에 인과관계가 존재하는지 여부, ③ 원고가 주장한 손실은 실제의 손실에 해당하는지 여부 중심으로 검토하여야 한다고 판시하였다.<sup>150)</sup>

---

149) 「반경쟁적 행위로 유발된 민사분쟁 사건에 대한 법률적용의 문제에 관한 약간의 규정(最高人民法院關於審理因壟斷行為引發的民事糾紛案件應用法律若干問題的規定)」, 사법해석(2012)5호[法釋(2012)5号], 2012년 6월 1일부터 시행.

이어서 1심법원은 피고의 행위가 시장지배적 남용행위에 해당하는지 여부를 판단할 때, 시장지배적 지위의 유무를 판단하지 않고 행위만 검토하였다. 결론적으로 1심법원은 피고의 행위가 거래거절이나 차별 취급 행위에 해당하지도 않고, 경쟁제한효과도 없으므로 당해 행위가 시장지배적 지위 남용에 해당하지 않는 것으로 판단하였다. 원고는 1심 판결에 불복하여 상해시고급인민법원에 항소를 제기하였다.

2심법원은 이 사건의 쟁점을 첫째, 경쟁제한효과가 시장지배적 지위 남용행위의 성립요건에 해당하는지, 둘째, 이 사건의 관련시장은 어떻게 확정하여야 하는지, 셋째, 피소 행위는 거래거절이나 차별취급에 해당하는지 세 가지로 귀납하였다.<sup>151)</sup>

관련시장의 확정에 관하여, 2심에서 항소인은 관련시장을 상해시 이동통신서비스 시장으로 주장하고, 이동통신의 이용자통계자료를 제출하여 피항소인의 시장지배적 지위를 입증하고자 하였다. 2심법원은 일단 항소인이 제출한 자료는 오로지 이동통신서비스의 이용자에 관한 통계자료에 불과하고, 이동통신서비스와 경쟁 관계가 있는 서비스나 경쟁자를 밝힐 수 없어서 현재의 증거만으로 관련시장을 확정할 수 없다는 결론을 내렸다.

나아가 2심법원은 최고인민법원의 치후 v. 텐센트 사건 판결문 중의 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 피소 사업자의 시장 지위와 피소 행위의 시장효과를 평가할 수 있으므로 모든 시장지배적 지위 남용사건에서 반드시 관련시장을 명확하게 확정하여야 할 필요가 없다는 판시를 인용하면서, 이 사건에서 피소 행위로 인해서 경쟁제한효과가 명백히 발생할 경우에는 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없고, 피소 행위로 인해서 경쟁제한효과가 명백

---

150) 상해시제2중급인민법원 민사판결서 (2014) 민사 제5재판부 1심 제59호[上海市第二中級人民法院民事判決書(2014)滬二中民五(知)初字第59号], 2014.09.02.

151) 상해시고급인민법원 민사판결서 (2014) 민사 제3재판부 중심 제105호[上海市高級人民法院民事判決書(2014)滬高民三(知)終字第105号], 2015.01.26.

히 발생할 수 없는 경우에도 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 판시하고, 관련시장과 시장지배적 지위를 검토하지 않은 채 행위와 효과를 분석하였다.

결국, 2심법원은 1심법원과 마찬가지로 피고의 행위는 거래거절이나 차별취급행위에 해당하지도 않고, 경쟁제한효과도 없으므로 시장지배적 지위 남용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 항소인은 2심판결에 불복하여 다시 최고인민법원에 재심을 신청하였다.

최고인민법원은 관련시장이나 시장지배적 지위에 대한 언급 없이 이 사건의 쟁점을 ① 피소 행위가 거래거절이나 차별취급에 해당하는지 여부, ② 경쟁제한효과가 있는지 여부, ③ 피소 행위 때문에 실제로 재심 신청인의 손실을 초래하였는지 여부 세 가지로 귀납하였다.<sup>152)</sup> 이러한 접근방법은 관련시장을 확정하지 않고, 시장지배적 지위를 검토하지 않아도 경쟁제한효과에 대한 분석을 통해서 시장지배적 지위 남용 여부를 판결할 수 있다는 것을 수긍한 것으로 볼 수 있을 것이다.

#### IV. 소결

치후 v. 텐센트 판결에서 최고인민법원이 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 피소 사업자의 시장 지위와 피소 행위의 시장효과를 평가할 수 있고, 따라서 모든 시장지배적 지위 남용사건에서 반드시 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다는 판시는 원심법원이 관련시장을 확정하지 않은 것은 심리미진에 해당한다는 항소이유에 대해서 판시한 것이다. 물론 이러한 판시는 시장지배적 지위의 인정과 경쟁제한효과의 인정에 융통성을 제공한 것으로 이

---

152) 최고인민법원 민사재정서, [最高人民法院民事裁定书, (2016)最高法民申2473号], 2016.11.28.

해할 수 있다. 그러나 치후 v. 텐센트 판결에서 최고인민법원이 말하는 관련시장을 확정하지 않아도 되는 경우가 과연 인터넷 산업에 국한하는 것인지는 명백하지 않다.

후속 동화 v. 통신사 사건에서 상해시고급인민법원(2심 법원)은 최고인민법원의 전술한 판시를 인용하면서, 피소 행위로 인해서 경쟁제한효과의 유무가 명백한 경우 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 판시하였고, 관련시장을 '명확하게' 확정을 안 한 것이 아니라 관련시장을 아예 검토하지 않고 경쟁제한효과의 유무를 검토함으로써 경쟁제한효과가 발생하지 않았다는 이유로 행위의 위법성을 부정하였다. 이 사건에서 이동통신 산업에서 발생한 행위가 문제되었는데, 관련시장의 확정이 특별히 어렵다거나 혁신산업 등과 같은 특수한 이유가 존재하지 않은데도 불구하고, 상해시고급인민법원은 관련시장을 확정하지 않았고, 시장지배적 지위의 유무도 판단하지 않았다.

치후 v. 텐센트 사건에 대한 최고인민법원의 판결과 동화 v. 통신사 사건에서 관련된 판시를 종합적으로 보면, 시장지배적 지위 남용으로 인하여 제기된 민사손해배상소송에서, 원고가 관련시장에서 피고의 시장지배적 지위와 남용행위의 존재, 그리고 남용행위로 인하여 초래한 자기의 손실을 입증하여야 한다. 반독점 민사소송에 관한 최고인민법원의 규정에서 역시 이렇게 규정하고 있다. 따라서 민사소송에서 경쟁제한의 실제 효과에 대한 검토가 필수적이다.<sup>153)</sup> 왜냐하면, 민사손해배상을 인정함에 있어서 경쟁제한효과는 문제된 행위와 손해 사이의 연결고리에 해당하기 때문이다. 문제된 행위가 경쟁제한효과를 초래하지 않았으면 원고의 손실이 입증되지 못할 것이다.

따라서 민사손해배상소송에서, 법원은 단지 원피고 쌍방이 제공한 증거만으로 중립적으로 재판만 해주는 역할을 담당하기 때문에, 법원은 원고가 제출한 증거가 부족하다는 이유로 원고가 주장한 관련시장을 부정

---

153) 劉貴祥, 앞의 논문, 277-278면.

하기만 하면 된다. 법원은 직권으로 추가로 증거 조사할 수도 없는 상황에서 원피고가 제출한 증거를 근거로 하여 관련시장을 다시 확정할 수 있으면, 확정할 수도 있고, 증거가 충분하지 않은 경우, 관련시장을 확정하지 않아도 되는 것이다.

그리고 공적 집행과 달리 민사손해배상소송에서 손실의 존재가 입증되어야 하므로, 경쟁제한효과가 발생할 우려가 아니라 경쟁제한효과의 발생이 요구될 것이다. 시장지배적 지위의 존재나 경쟁제한효과의 존재 중 어느 하나의 요건이 결여되면, 법원은 손해배상청구를 기각할 수 있다. 그러나 이러한 접근방법은 공적 집행에 확장하여서는 안 될 것이다.

한편, 치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 원래 피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다고 판단되면, 더는 경쟁제한효과의 유무를 검토할 필요가 없지만, 시장지배적 지위의 유무가 아주 명확하지 않았을 때 한 걸음 더 나아가 경쟁제한효과에 대한 분석을 통해서 시장지배적 지위 유무에 관한 판단의 정확성을 검증할 수 있고, 문제된 행위로 인하여 경쟁제한효과를 초래하지 않았다는 것은 문제된 행위가 반독점법에서 금지하고 있는 시장지배적 지위 남용행위에 해당하지 않다는 것을 의미할 뿐만 아니라, 시장지배적 지위의 부존재를 재차 확인하는 효과가 있다고 판시한 바 있다.

그렇다면, 경쟁제한효과가 인정되는 경우, 경쟁제한효과의 존재로부터 시장지배적 지위의 존재를 추론할 수 있고, 경쟁제한효과가 부정되는 경우 경쟁제한효과의 부존재로부터 시장지배적 지위를 부정하는 접근방법은 과연 반독점법의 규정과 부합되는지, 타당성이 있는지, 그리고 경쟁제한효과의 발생 여부를 판단할 때, 효과가 발생한 관련시장을 확정할 필요가 있는지 등 여러 문제점이 남아 있다. 경쟁제한효과가 언제나 실제로 발생한 효과만 고려하여서는 안 되고, 경쟁제한효과가 발생할 우려도 고려하여야 할 것이다. 시장지배적 지위의 인정이나 관련시장의 획정을 선행하지 않고 경쟁제한효과가 발생했거나 경쟁제한효과가 발생할 우려를 판단할 수 있는지도 검토할 필요가 있을 것이다. 동화 v. 통신사 사



건에서 법원이 쉽게 경쟁제한효과를 부정할 수 있는 이유는 당해 사건에서 문제가 된 행위는 경쟁사업자에게 영향을 미칠 수 있는 방해·배제남용행위가 아닌 데에서 비롯된 것이다. 그러나, 시장지배적 사업자가 직접 소비자의 이익을 저해하는 거래행위를 하는 경우, 그러한 행위가 방해·배제남용보다 착취남용에 해당할 가능성이 더 높을 것이다. 반독점집행기구와 법원은 착취남용에 대하여 방해·배제남용과 구별된 위법성 판단 기준을 구체적으로 밝혀야 소비자로서도 입증하여야 할 사항을 알고 소송을 제기할 수 있을 것이다.

## 제2절 남용행위의 위법성 판단기준

### I. 위법성의 판단기준: 불공정성? 경쟁제한성?

최고인민법원의 치후 v. 텐센트 판결 전에 반독점집행기구와 법원은 시장지배적 지위 남용사건을 다루는 데 주로 거래상대방의 입장에서 ‘공정성’에 초점을 맞춰왔다. 반면 경쟁사업자에게 미치는 영향을 중심으로 다룬 사건은 드물었다.<sup>154)</sup> 이것이 중국에서 상당수의 시장지배적 지위 남용에 관한 사건(특히 민사손해배상소송)은 소비자 개인이 제기한 것에서 비롯된 것으로 해석할 수도 있다. 그러나 민사손해와 경쟁제한효과는 혼동하여서는 아니 된다.<sup>155)</sup>

반독점법의 목적조항에서 소비자 이익의 보호도 포함되어 있지만, 보통 경쟁법 분야에서 소비자 이익의 보호는 중국적 목표로 이해되고 있다. 즉, 반독점집행기구는 일차적으로 문제된 행위가 경쟁사업자들에게 배제적 효과를 미칠 수 있는지를 검토하고, 그다음에 경쟁사업자 중의 하나 또는 다수의 경쟁자가 배제되는 결과로서 가격이 상승하거나 시장 구조가 악화됨에 따라 소비자 이익 훼손 여부를 검토한다.<sup>156)</sup>

또한, 반독점법 제정되기 전에 반부정당경쟁법에서 끼워팔기 등 행위를 금지한 조항이 있었는데, 거기서 주로 구매자의 의사를 반하는지를 위법성의 판단기준으로 하고 있었다. 반독점집행기구와 법원은 반독점법의 집행에 있어서 예전에 반부정당경쟁법의 접근방법을 습관적으로 그대로 적용할 가능성도 없지 않다.<sup>157)</sup> 따라서 치후 v. 텐센트 판결은 경쟁제한효과에 대한 접근방법의 전환점이 될 수 있는 것으로 기대되었다.

154) Adrian Emch, 앞의 논문, pp. 21-22.

155) Adrian Emch, 같은 논문, p. 21.

156) Adrian Emch, 같은 논문, p. 21.

157) Adrian Emch, 같은 논문, pp. 21-22.

그러나 후속 규제 실무를 보면, 법원과 반독점집행기구가 시장지배적 지위 남용행위를 규제할 때 여전히 거래조건의 불공정성을 위법성의 판단기준으로 적용한 경우도 있고, 경쟁제한성을 위법성의 판단기준으로 적용한 경우도 있다. 이어서 치후 v. 텐센트 판결에서 최고인민법원이 시장지배적 지위 남용의 위법성에 대한 접근방법을 살펴보고, 치후 v. 텐센트 판결 후의 공적 집행, 민사소송 사례를 종합적으로 검토하고, 중국에서 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준 내지 경쟁제한효과의 입증수준을 정리해보고자 한다.

## II. 치후 v. 텐센트 판결 - 소비자 이익 저해, 경쟁 제한

치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 온라인 메신저 시장의 동태적인 특징, 다수 경쟁자의 존재, 플랫폼 사이 경쟁압력의 존재, MSN의 이용자 수가 급속 하락한 선례, 관련시장의 개방성, 멀티호밍 효과 등 정황을 종합적으로 고려하여 일단 현재의 증거만으로 텐센트가 시장지배적 지위를 갖고 있다고 단정하기에 부족하다고 판단하였다.

원칙적으로 피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다면, 더는 시장지배적 지위의 남용 여부를 분석할 필요가 없고, 바로 피소 행위가 반독점법상 금지하고 있는 시장지배적 지위 남용에 해당하지 않는 것으로 판단할 수 있다. 그러나 최고인민법원은 관련시장의 경계선이 모호하고, 시장지배적 지위가 명백하지 않은 경우, 한 걸음 더 나아가 경쟁에 미치는 영향에 대한 분석을 통해서 시장지배적 지위의 유무에 대해서 내려진 결론의 정확성을 검증할 수 있다는 법리를 제시하고, 설사 피소 사업자가 시장지배적 지위를 갖고 있다고 하더라도 시장지배적 지위 남용의 성립 여부를 판단함에 있어서는 피소 행위가 소비자와 경쟁에 초래한 부정적 효과와 긍정적 효과를 종합적으로 평가하여야 한다고 판시하였다. 이어서 최고인민법원은 "양자택일"과 "패키지 설치" 두 가지 행위의

효과를 구체적으로 살펴보았다.

## 1. “양자택일” 행위의 위법성 판단

“양자택일” 행위<sup>158)</sup>의 위법성을 판단함에 있어서 최고인민법원은 행위가 소비자 이익에 미치는 영향, 행위에 경쟁제한 동기의 유무, 행위가 시장경쟁에 미치는 영향을 검토하였다.

### (1) 소비자 이익을 저해하는지 여부

최고인민법원은 텐센트의 “양자택일”행위가 치후의 상품과 서비스를 겨냥해서 실시한 것이었다는 점을 강조하였다. 판시의 논리에 따르면, 당해 행위는 겉으로 이용자로 하여금 텐센트 QQ와 360백신 둘 중에서 하나만 선택하도록 요구한 것으로 보이지만, 본질에서는 텐센트가 자기의 QQ메신저의 사용 환경을 제한한 것이었다. 비록 이러한 제한은 소비자에게 불편을 끼쳤지만, 메신저 시장과 백신 프로그램 시장에서 모두 충족한 대체품이 있어서 텐센트 QQ 소프트웨어가 필수품이 아니므로, 이러한 불편은 소비자의 이익에 중대한 영향을 미치지 못하였다.

### (2) 경쟁을 제한하는지 여부

---

158) 텐센트(피고, 피항소인)는 치후(원고, 항소인)가 QQ메신저에 대한 침해와 비방을 중단하기 전에 360소프트웨어를 설치한 PC에서 QQ메신저의 작동을 중단하겠다고 공지하였다(“양자택일”행위). 치후는 이른바 “양자택일”행위가 배타적 거래에 해당한다고 주장하였다.

“양자택일”행위의 동기에 관하여,<sup>159)</sup> 텐센트가 “양자택일”행위를 실시하기 전에, 치후의 백신 프로그램과 오랫동안 공존해왔다. “양자택일”행위는 잠재적인 경쟁자가 인스턴트 메신저 서비스 시장에 진입하려는 것을 막기 위해서 실시되었다는 점을 입증할 만한 증거가 없다. “양자택일”행위가 실시된 배경은, 치후가 텐센트의 메신저를 겨냥하는 백신 프로그램을 출시하여 불공정한 경쟁행위를 한 것에서 비롯된 것이었다. 이러한 사정에 비추어 보면, “양자택일”행위의 동기가 메신저 시장의 경쟁을 배제함에 있다고 단정할 수 없다.

당해 행위가 실제로 경쟁에 미치는 영향에 관하여, 우선, 메신저 시장에서, “양자택일”행위는 단지 하루 동안 지속하였지만, 메신저 시장에 더 활발한 경쟁을 가져왔다. 텐센트가 “양자택일”행위를 실시한 후 2~3주, 그의 주된 경쟁사업자 MSN, Fetion과 알리바바 등의 이용자 수는 모두 높은 상승세를 나타냈다. 그리고 신규진입자들의 다운로드 수도 격증한 것으로 나타났다. 반면, 텐센트가 의뢰한 전문가의 계산 결과에 따르면, 텐센트의 시장점유율은 약 1% 하락하였다. 텐센트와 경쟁사업자의 시장점유율 변화를 종합적으로 보면, 만약에 “양자택일”행위가 더 오래 지속하였으면, 텐센트의 시장점유율은 더 큰 폭으로 하락하였을 것이다. 실제로 텐센트의 시장점유율에 큰 변화가 없는 이유는 “양자택일”행위의 기간이 단기적이어서 이탈했던 이용자가 신속히 돌아간 데서 비롯되었을 가능성이 크다.

---

159) 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단할 때, 주관적 의도나 목적의 역할에 관하여, 강소성고급인민법원은 천연가스 실린더 설치 업체 v. 천연가스충전소 사건에서, 일반적으로 사업자의 주관적 의도(경쟁을 제한·배제함으로써 시장지배적 지위의 유지하는 목적)는 거래거절의 필수적인 구성요건이 아니지만, 이 사건에서 행위자의 주관적 의도에 대한 분석은 피소 행위의 성질을 분석함에 있어서 도움이 될 수 있다고 판시한 바 있다[강소성고급인민법원(2012)민사 중심 제0004호 민사판결(江蘇省高級人民法院(2012)蘇知民終字 第0004号 민사판결문, 2012.10.23.)]. 이러한 판시에 따르면, 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서 주관적 의도는 필수적인 요건이 아니지만, 정황에 따라서 위법성 판단의 고려요소 중의 하나가 될 수 있다.

다음, 백신 프로그램 시장에서, “양자택일”행위는 확실히 “치후의 시장 점유율에 일정한 정도의 부정적인 영향”을 초래하였다. 그러나 반독점법의 관심사는 개별 사업자가 아니라 건전한 시장경쟁 메커니즘이 왜곡되거나 파괴되는지 여부이다. 치후가 의뢰한 전문가의 계산 결과에 따르면, “양자택일” 기간, 치후 백신 프로그램의 1주 동안 이용자의 수는 지난주보다 10% 하락하였고, 시장점유율로 환산하면 74.6%에서 71.3%까지 3.3% 하락하였다. 같은 기간에, 백신 프로그램 시장에서 텐센트의 시장 점유율은 3.89%에서 4.46%까지 겨우 0.57% 상승하였다. 이에 비추어 보면, “양자택일”행위가 백신 프로그램 시장에 미친 영향은 미미하며, 백신 프로그램 시장의 경쟁을 현저히 제한하지 않았다.

### (3) 결론

최고인민법원은 위와 같은 분석을 종합적으로 고려하여 “양자택일”행위가 이용자에게 불편을 끼쳤지만, 현저한 경쟁제한효과를 초래하지 않았다고 판시하였다. 그리고 최고인민법원의 판시에 따르면, 경쟁제한효과가 초래되지 않은 것은 “양자택일”행위가 반독점법상 금지되고 있는 시장지배적 지위 남용행위에 해당하지 않는 것을 증명할 수 있을 뿐만 아니라, 텐센트가 시장지배적 지위를 갖고 있지 않다는 판단을 확인할 수 있다.

## 2. 패키지 설치행위의 위법성 판단

### (1) 끼워팔기 금지의 5가지 요건

최고인민법원은 반독점법에서 금지되는 끼워팔기 행위의 구성요건으로서 ① 주상품과 부상품은 별개의 상품에 해당하고, ② 행위자가 주상품 시장에서 지배적 지위를 갖고 있고, ③ 행위에 강제성이 있어 구매자가 어쩔 수 없이 부상품을 받아들여야 하고, ④ 행위에 정당성이 없고, 끼워팔기가 거래 관행, 소비습관 등과 부합되지 않거나 상품 성능의 유지·증진과 무관하고, ⑤ 경쟁제한효과가 있어야 한다고 판시하였다. 그리고 최고인민법원의 판시에 따르면, 끼워팔기 그 자체는 긍정적 효과도 초래할 수 있고, 부정적 효과도 초래할 수 있다. 긍정적인 효과로서 특정한 정황 아래서 끼워팔기는 품질 향상, 비용 절감, 매출 확대, 안전성 확보를 통해서 효율성을 제고할 수 있다. 부정적 효과로서 끼워팔기는 주상품시장에서의 시장지배적 지위를 가진 사업자의 경쟁상의 우세(優勢)를 부상품 시장으로 확장시킬 우려가 있다.

## (2) 경쟁제한효과 존재 여부

이 사건에서 패키지 설치행위로 인하여 텐센트가 인스턴트 메신저 시장에서의 선두 지위를 백신 프로그램 시장으로 확장하였다는 증거가 없다. 비록 텐센트가 양자택일과 패키지 설치행위를 실시하였지만, 백신 프로그램 시장에서 치후가 여전히 70% 이상의 시장점유율을 보유하고 선두 지위에 있다. 반면에, 텐센트의 시장점유율은 겨우 0.57% 증가하여 5%를 넘지 못하였다. 따라서 최고인민법원은 텐센트의 패키지 설치행위로 인하여 백신 프로그램 시장에서 치후의 시장점유율의 현저한 하락을 초래하였거나 다른 백신 프로그램 사업자에게 경쟁제한효과를 초래하였다는 증거가 없다고 판단하였다.

### (3) 합리성 존재 여부

CNNIC의 조사결과에 의하면, 인스턴트 메신저 이용자의 가장 큰 관심사는 계정의 안전이다. 패키지 설치의 결과로서 이용자가 QQ메신저를 더 편리하게 관리하고 사용할 수 있게 되고, 계정의 안전이 보장될 수 있다. 즉, 패키지 설치의 QQ메신저의 성능과 가치를 증대시킬 수 있다. 따라서 최고인민법원은 'QQ메신저'와 'QQ 소프트웨어관리'의 패키지 설치행위에 일정한 합리성이 있다고 판시하였다.

### (4) 강제성 존재 여부

비록 'QQ메신저'와 'QQ 소프트웨어관리'의 패키지 설치 과정에서 이용자에게 알림이 없었으나, 텐센트가 'QQ 소프트웨어관리'의 제거 기능을 제공하였다. 이용자는 손쉽게 'QQ 소프트웨어관리'를 제거할 수 있다. 게다가 QQ메신저의 작동은 'QQ 소프트웨어관리'의 사용을 전제조건으로 하지 않아서 이용자에게 실질적인 강제성이 없다. 또한 'QQ 소프트웨어관리'와 'QQ 의사'가 'QQ PC 집사'로 업그레이드될 때, 텐센트는 공고(公告)의 방식으로 이용자들에게 선택권을 알려줬다. 따라서 최고인민법원은 패키지 설치행위의 강제성이 애매하다고 판시하였다.

### (5) 결론

최고인민법원은 위와 같은 사정을 종합적으로 고려하여 피항소인(텐센트)이 시장지배적 지위 남용행위를 실시하였다는 항소인(치후)의 주장을



받아들이지 않았다.

### III. 치후 v. 텐센트 판결 후 실무에서 적용된 위법성의 판단기준

반독점집행기구나 법원은 거래조건의 공정성 위주로 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단한 사례 중에 아래 2건을 전형적인 예로 살펴보고자 한다. 하나는 공적 집행에서 주목을 많이 받았던 쉐컴 사건<sup>160)</sup>이고, 또 하나는 민사소송 사례로서의 오효진 v. 방송국 사건<sup>161)</sup>이다. 오효진 v. 방송국 사건에 대한 최고인민법원의 재심 판결<sup>162)</sup>은 “반독점 민사소송 10대 전형적 사건”<sup>163)</sup>으로 선정되었으므로 살펴볼 만한 가치가 있다. 그리고 경쟁자에게 미친 영향 위주로 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 판단한 사례로서 국가공상총국이 직접 처리한 테트라팩 사건을 살펴보기로 한다.

#### 1. 쉐컴 사건 - 거래조건의 불공정성

---

160) 쉐컴 사건, 중화인민공화국 국가발전과개혁위원회 행정처벌결정서, 발개위 판공청(辦公廳) 가격감독처벌 [2015] 제1호(中華人民共和國 國家發展和改革委員會 行政處罰決定書, 發改辦價監處罰 [2015] 1号), 2015.02.09.

161) 오효진 v. 방송국 사건, 1심: 서안시중급인민법원 (2012) 민사 제4재판부 1심 제00438호 민사판결[西安市中級人民法院(2012)西民四初字第00438号民事判決]; 2심(중심): 섬서성고급인민법원 민사판결서 (2013) 민사 제3재판부 중심 제00038호[陝西省高級人民法院民事判決書(2013)陝民三終字第00038号], 2013.09.12.; 재심: 최고인민법원 (2016) 민사 재심 제98호 민사판결[最高人民法院 (2016) 最高法民再98号民事判決], 2016.05.31.

162) 오효진 v. 방송국 사건, 최고인민법원 (2016) 민사 재심 제98호 민사판결[最高人民法院 (2016) 最高法民再98号民事判決], 2016.05.31.

163) “2008-2018년 중국법원 반독점 민사소송 10대 전형적 사건(2008-2018年中國法院反壟斷民事訴訟十大典型案件)”, 「인민법원신문(人民法院報)」, 2018. 11. 17.

퀄컴 사건에서 퀄컴은 표준필수특허(SEPs)의 실시허락시장에서의 지배적 지위를 남용하여 ① '불공정한' 높은 실시료의 부과, ② 표준필수특허의 라이선스(SEPs)와 비-표준필수특허(비-SEPs)의 라이선스의 끼워 팔기, 그리고 ③ 모뎀 칩셋 시장에서의 지배적 지위를 남용하여 모뎀 칩셋의 판매함에 불공정한 조건의 부과행위가 문제되었다. 각 행위에 대한 국가발개위의 위법성 판단 방법을 아래와 같이 살펴보고자 한다.

### (1) 불공정한 높은 실시료의 인정

국가발개위는 불공정한 높은 실시료를 인정함에 있어서 직접 퀄컴의 비용이나 가격을 양적으로 검토하지 않았고, 대신 퀄컴이 특허권 존속기간이 지난 표준필수특허에 대하여 실시료를 부과하는 행위, 실시권자의 특허에 대하여 무료의 교차 라이선스를 강요하는 행위, 표준필수특허와 비(非)-표준필수특허를 묶어서 일괄 실시허락을 하는 동시에 퀄컴의 특허와 무관한 부분(스크린, 카메라, 배터리 등)을 포함한 전체 단말기의 도매가격을 실시료의 산정 기준으로 하는 행위 등을 종합적으로 고려하여 퀄컴의 실시료가 불공정한 고가에 해당한다고 판단하였다.

첫째, 특허권 존속기간이 지난 표준필수특허에 대하여 실시료를 부과하는 행위에 관하여, 국가발개위는 퀄컴이 라이선스에 포함된 특허의 명세서를 제시하지 않고 장기의 고정 실시료를 약정했기 때문에, 퀄컴의 상당한 수량의 특허가 이미 특허권 존속기간을 지났는데도 불구하고, 실시권자에게 특허권 존속기간이 지난 특허에 대하여 실시료를 지급하지 않도록 공정한 협상을 제기할 기회가 없어지게 된다고 판단하였다.

이에 대하여 퀄컴은 매년 특허권 존속기간이 만료된 특허가 있지만, 더 많은 새로운 특허가 특허패키지에 가입되기 때문에, 특허권 존속기간이 지난 특허에 대해서 실시료를 부과하는 문제가 존재하지 않는다고 반

박하였다.

퀄컴의 반박에 대해서 국가발개위는 특허의 수량은 특허의 가치와 동일시킬 수 없다고 판단하였다. 그 이유로서, 특허패키지에 변화가 있는지, 새로 추가된 특허가 있는지와 상관없이 퀄컴은 특허명세서를 제공하지 않은 행위 자체에는 불합리성이 있는 점 및 퀄컴은 실시권자가 새로 추가된 특허에 대한 수요가 있는지를 검토하지 않고, 단지 새로운 특허가 계속 특허패키지에 가입되고 있다는 이유로 고정의 실시료를 유지하는 것은 실제로 실시권자가 받은 라이선스의 실시대상을 모호하게 만든 점이 제시되었다.

둘째, 국가발개위는 퀄컴이 일부 실시권자에게 무료의 교차 라이선스를 강요한 행위, 그리고 일부 실시권자에게 퀄컴과 퀄컴의 고객에게 특허권 보호와 관련되는 소송을 제기하지 않는 것을 요구한 행위를 문제로 삼았다. 이에 대해서 퀄컴은 교차 라이선스의 요구는 자기의 업무와 모뎀 칩세트의 고객을 특허소송으로부터 보호하기 위해서 요구한 것이었고, 교차 라이선스의 가치가 이미 전체 거래 대가에서 고려되었고, 다수의 중국 실시권자들이 거래할 만한 가치가 있는 특허패키지를 갖고 있지 않다고 주장하였다.

국가발개위는, 교차 라이선스를 요구한 행위 자체는 법 위반 행위가 아니지만, 무료로 교차 라이선스를 요구한 행위는 불공정하다는 견해를 밝혔다. 국가발개위가 제시한 이유에 따르면, 일부 중국실시권자들이 역시 높은 가치를 가진 특허패키지를 보유하고 있다. 퀄컴은 교차 라이선스를 요구할 때, 실시권자의 혁신성과를 존중하여 라이선스의 대가를 고려하여야 한다. 그리고 퀄컴은 자기의 업무나 모뎀 칩세트의 고객을 특허소송으로부터 보호하고자 하는 이유로 중국 실시권자로 하여금 퀄컴과 퀄컴의 고객을 상대로 특허권 보호와 관련되는 소송을 제기하지 않도록 요구하여서는 아니 된다. 한편, 퀄컴은 실시권자 특허의 가치를 전체의 거래 대가에서 고려하였다고 주장하였지만, 이를 뒷받침할 증거가 없다. 따라서 국가발개위는 퀄컴의 무료로 교차 라이선스를 강요한 행위에는

불공정성이 있다고 판단하였다.

셋째, 표준필수특허와 비-표준필수특허를 묶어서 일괄 실시허락을 한 행위에 관하여, 국가발개위의 논리에 따르면, 퀄컴은 이러한 끼워팔기 행위를 하는 동시에, 전체 단말기의 도매가격을 실시료의 산정 기준으로 하였다. 그런데 전체의 단말기에서 퀄컴의 특허와 무관한 부분, 예컨대, 스크린, 카메라, 배터리 등도 포함하고 있다. 실시권자가 필요하지도 않은 비-표준필수특허의 라이선스까지 어쩔 수 없이 구매하여야 할 뿐만 아니라 전체 단말기의 도매가격을 기준으로 실시료를 지불하여야 한다. 따라서 퀄컴의 실시료 산정행위는 불공정성이 현저하고 지나친 높은 실시료의 부과를 초래하였다.

결론적으로 국가발개위는 위와 같은 행위들을 종합적으로 고려하여 퀄컴이 직접적이나 간접적으로 불공정한 높은 특허실시료를 부과하였다고 판단하였다.

불공정한 높은 가격을 인정한 다음에, 국가발개위는 더 나아가 구체적 인 증거 없이 위와 같은 행위들로 인하여 경쟁을 제한하는 효과가 발생하였다고 판단하였다. 국가발개위의 분석에 따르면, 퀄컴이 실시권자에게 반대급부를 주지 않으면서 실시권자의 라이선스를 강요한 행위는 실시권자의 혁신 인센티브를 저해하여 무선통신기술시장에서의 혁신을 저해함으로써 무선통신기술시장에서의 경쟁을 제한하였다. 한편, 퀄컴은 단말기 제조사의 라이선스를 무료로 취득함으로써 모뎀 칩세트 시장에서 다른 경쟁사업자보다 경쟁상의 우위를 가질 수 있고, 단말기 제조사가 다른 모뎀 칩세트 제조사의 상품을 구매하면 더 높은 지식재산권 비용을 지불하여야 하기 때문에 다른 모뎀 칩세트 제조사의 경쟁력이 약화될 수 있다. 따라서 퀄컴의 행위는 모뎀 칩세트 시장에서의 경쟁을 제한하였다. 그리고 퀄컴은 불공정한 높은 실시료를 부과함으로써 단말기 제조사의 비용을 상승시키고 최종적으로 소비자의 이익을 저해하였다. 따라서 국가발개위는 퀄컴이 반독점법 제17조 제1항 제1호 불공정한 고가판매행위의 금지규정을 위반하였다고 판단하였다.

## (2) SEPs와 비-SEPs 라이선스 끼워팔기의 인정

국가발개위는, SEPs는 무선통신 단말기의 제조사업자들이 반드시 무선표준필수특허의 소유자로부터 받아야 하는 것이지만, 비-SEPs는 단말기의 제조함에 필수적이지 않은 것으로 단말기 제조사업자들이 설계를 통해서 비-SEPs의 실시를 회피할 수도 있고, 특허기술의 우열(優劣)에 따라서 대체성이 있는 비-SEPs 중에서 자유롭게 선택할 수도 있는 것인 점, SEPs와 비-SEPs의 성질이 서로 다르고, 각각 별도로 실시허락을 한다고 하더라도 그 들의 응용이나 가치에 영향을 미칠 수 없는 점을 고려하여 퀄컴은 라이선스를 수여할 때, SEPs와 비-SEPs를 구별하지 않고, 특허의 명세서를 제공하지 않으면서 단일한 실시료를 책정하여 일괄적으로 실시 허락하는 행위를 문제로 삼았다.

퀄컴은 정당한 이유로서 첫째, 자기가 이미 SEPs만 실시허락하는 선택지를 제공하였지만, 다수의 실시권자가 자발적으로 일괄실시허락을 선택한 점, 둘째, SEPs와 비-SEPs를 구별하기 어려워서 실시권자가 SEPs의 라이선스만 받은 경우 소송에 연루될 위험성이 있는 점, 셋째, 실시권자가 여전히 다른 기술을 선택할 수 있어서 비-SEPs의 끼워팔기는 경쟁을 제한할 수 없는 점을 주장하였다.

국가발개위는 위와 같은 정당한 이유에 관한 주장을 모두 받아들이지 않았다. 국가발개위의 분석에 따르면, 수많은 실시권자가 제공한 증거를 근거로 보면, 퀄컴은 SEPs만 실시허락하는 선택지를 제공했다는 주장은 사실과 부합되지 않는다. 일부 실시권자들은 자발적으로 일괄실시허락을 신청한 가능성이 있으나, 다른 일부 실시권자들은 SEPs의 라이선스를 받기 위해서 어쩔 수 없이 비SEPs의 라이선스를 받아들였다. 실시권자가 일괄실시허락계약서를 체결하는지 여부는 퀄컴이 SEPs와 비SEPs의 명세서를 제공한 전제 아래서 자발적으로 선택하여야 할 것이다. 그러나

퀄컴은 줄곧 특허명세서를 제공하지 않았으며, 통상적으로 SEPs만 포함한 라이선스 계약서를 제공하지 않았다. SEPs와 비-SEPs는 구별할 수 있고, 각각 별도로 실시 허락할 수 있으며, 실시허락계약서에서 실시 허락되는 특허의 범위를 확정하는 것은 당연한 일이다. 비록 SEPs와 비-SEPs를 각각 별도로 실시허락을 하면, 일정한 비용이 발생할 수 있고, 협상을 더 복잡하게 만들 수 있지만, 이것이 끼워팔기의 정당한 이유가 될 수 없다.

경쟁제한효과를 인정함에 있어서 국가발개위는 끼워팔기의 강제성에 중심을 두고, 비-SEPs의 대체기술이 있는지를 제시하지 않으면서 비-SEPs 시장에서의 경쟁제한효과를 인정하였다. 국가발개위의 논리에 따르면, 실시권자는 원래 스스로 여러 가지의 리스크를 고려하여 비-SEPs의 라이선스를 청구하는지, 어느 특허권자에게 라이선스를 청구하는지를 자유롭게 결정하여야 하지만, 퀄컴의 강제적인 끼워팔기 때문에, 실시권자가 어쩔 수 없이 퀄컴으로부터 비-SEPs의 라이선스를 받게 되었다. 이성적인 실시권자는 통상적으로 별도로 비용을 지불하여 대체 설계나 대체기술을 추구하지 않을 것이다. 결과적으로 퀄컴이 가진 비-SEPs와 경쟁 관계가 있는 대체기술은 경쟁에 참여할 기회가 없어졌다. 따라서 퀄컴의 끼워팔기 행위는 비-SEPs 시장의 경쟁을 제한하고, 혁신을 저해하며, 최종적으로 소비자의 이익을 저해하였다. 따라서 국가발개위는 퀄컴의 SEPs와 비-SEPs의 일괄실시허락행위가 반독점법 제17조 제1항 제5호 끼워팔기의 금지규정에 위반된다고 판단하였다.

### (3) 불공정한 거래조건 부과의 인정

퀄컴은 특허실시허락계약서의 체결과 특허실시허락계약서에 대해서 이익을 제기하지 않는 것("불제소")을 모뎀 칩세트의 공급조건으로 하였다. 잠재적 실시권자가 퀄컴과 특허실시허락계약서를 체결하지 않으면, 퀄컴

은 모뎀 칩세트의 공급을 거절할 것이다. 그리고 이미 퀄컴과 특허실시허락계약서를 체결한 실시권자가 특허실시허락계약서에 관하여 퀄컴을 상대로 소송을 제기하면, 퀄컴은 모뎀 칩세트의 공급을 거절할 것이다.

퀄컴은 특허실시허락계약서의 체결과 불제소를 모뎀 칩세트 공급의 전제조건으로 하는 사실을 인정하지만, 이러한 행위에는 합리성이 있다고 주장하였다.

특허실시허락계약서의 체결요구에 관하여, 국가발개위는 퀄컴의 특허실시허락계약서에는 특허권 존속기간이 지난 특허의 실시료부과, 무료로 교차 라이선스의 요구, 비-SEPs의 끼워팔기 등 불공정한 조건을 포함하고 있는데, 퀄컴이 모뎀 칩세트 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 공급거절이라는 협박수단으로 거래상대방으로 하여금 불공정한 조건을 포함한 특허실시허락계약서를 체결하도록 강요한 행위에는 불합리성이 있다고 판단하였다.

불제소의 요구에 관하여, 국가발개위는 실시권자와 퀄컴 사이에 특허실시허락계약서와 관련하여 분쟁이 발생하는 경우 실시권자가 퀄컴을 상대로 소송을 제기하는 것은 실시권자의 권리인데, 퀄컴이 모뎀 칩세트 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 불제소라는 조건을 붙여서 거래하는 행위는 실질적으로 실시권자의 소송 권리를 제한 심지어 박탈하는 것으로서 불합리성이 있다고 판단하였다. 그러나 이러한 판단에 대해서 경쟁법은 거래상대방의 권리를 보호하는 법이 아니라, 경쟁에 대한 부정적 영향이나 소비자 이익 저해 효과가 없는 경우에는 경쟁법이 적용될 수 없다는 비판이 있다.<sup>164)</sup>

경쟁제한효과를 인정함에 있어서 국가발개위는 퀄컴이 시장지배적 사업자로서 그의 거래조건에 불공정성이 있는데, 거래상대방이 이러한 불공정한 거래조건을 받아들이지 않으면 경쟁에서 축출될 수밖에 없기 때

---

164) Thomas K Cheng, “The PRC NDRC Case against Qualcomm: A Misguided Venture or Justified Enforcement of Competition Law?”, 「Journal of Antitrust Enforcement」, Oxford University Press, 2016, p. 99.

문에, 쉐콤의 불공정한 거래조건의 부과행위는 경쟁을 제한하는 효과를 초래하였다고 단정하였다.

위와 같은 접근방법에 따르면, 시장지배적 사업자가 불공정한 거래조건을 부과하는 경우, 그러한 거래조건을 받아들이지 않는 거래상대방이 시장에서 축출되는 우려가 바로 경쟁제한효과로 인정될 것이다. 이러한 접근방법은 거래조건의 불공정성이 인정된 이상 경쟁제한효과가 언제나 인정된다는 의미와 다를 바 없다.

결론적으로 국가발개위는 쉐콤이 정당한 이유 없이 칩세트를 판매하면서 거래상대방으로 하여금 불공정한 거래조건을 포함한 특허실시허락계약서를 체결하도록 하며 특허실시허락계약서에 대하여 소송을 제기하지 않도록 한 행위가 반독점법 제17조 제1항 제5호 불공정한 거래조건부과의 금지규정에 위반된 것으로 판단하였다.

## 2. 오효진 v. 방송국 사건 - 소비자 선택권의 제한

오효진 v. 방송국 사건에서, 오효진이라는 소비자가 시청료를 납부하는데 섬서성 방송국("방송국")의 직원은 오효진에게 최저시청료가 25위안에서 30위안까지 인상하였고, 한 번에 적어도 3개월의 시청료를 납부하여야 한다고 알려주고 총 90위안의 시청료를 부과하였다. 그러나 영수증에는 부과된 시청료를 기본시청료 75위안과 유료 패키지 시청료 15위안으로 기재하고 있었다. 오효진은 영수증을 보고 다시 방송국 전화상담실에 문의하였는데 답은 역시 최저 시청요금은 매월 30위안이며 한 번에 3개월의 요금을 납부하여야 한다는 것이었다. 그러나 물가국의 관련 규정에 따르면, 기본시청료는 매월 25위안이며 유료 패키지는 소비자가 자유롭게 선택할 수 있는 것이다. 이러한 상황에서 오효진은 방송국의 시청료부과행위가 끼워팔기에 해당한다는 이유로 민사소송을 제기하였다.



1심법원은 오효진과 방송국의 거래 관계에 착안하여 방송국이 오효진에게 유료 패키지의 구매를 선택할 수 있다는 것을 알려주지 않은 행위는 사실상의 끼워팔기에 해당한 것으로 판단하였다.<sup>165)</sup>

반면, 2심에서 오효진이 아니라 일반적인 소비자의 선택권이 존재하였는지 여부가 재판의 핵심이 되었다. 2심 법원은 방송국이 제출한 5장의 기본시청료납부 영수증을 근거로 하여 방송국이 소비자에게 기본시청료만을 납부할 수 있는 선택권을 제공하였다는 것을 인정하였다. 따라서 2심법원은 방송국이 단지 오효진에게 선택권을 알려주지 않았을 뿐, 이것이 소비자의 알권리의 침해에 해당한다고 판단하였다. 소비자의 알권리의 침해는 반독점법이 아니라 소비자보호법을 적용하여야 한다고 판시하였다.<sup>166)</sup> 오효진은 2심 판결에 불복하여 다시 최고인민법원에 재심신청을 제기하였다.

최고인민법원은 우선 섬서성 방송국이 섬서성정부의 허가를 받아 섬서성에서 유선방송업무를 할 수 있는 유일한 사업자로서 섬서성의 유선방송시장에서 지배적 지위에 있는 것으로 인정하였다.<sup>167)</sup>

이어서 최고인민법원은, 방송국의 직원이 오효진에게 기본시청료와 5위안의 유료 패키지의 합계를 최저시청료로 알려주고 2가지 요금을 별도로 납부할 수 있다는 것을 알려주지 않았다는 사실, 그리고 방송국 전화상담실은 또한 이와 같이 소비자에게 최저시청료를 설명하였다는 사실을 근거로 하여, 방송국은 오효진에게 선택권을 알려주지 않고 시청료와 유료 패키지를 묶어서 판매하였다고 인정하였다.

나아가, 최고인민법원은 방송국 전화상담실의 설명내용은 방송국이 일

---

165) 오효진 v. 방송국 사건, 1심: 서안시중급인민법원 (2012) 민사 제4재판부 1심 제 00438호 민사판결[西安市中級人民法院(2012)西民四初字第00438号民事判決].

166) 오효진 v. 방송국 사건, 2심: 섬서성고급인민법원 민사판결서 (2013) 민사 제3재판부 중심 제00038호[陝西省高級人民法院民事判決書(2013)陝民三終字第00038号], 2013.09.12.

167) 오효진 v. 방송국 사건, 최고인민법원 (2016) 민사 제3심 제98호 민사판결[最高人民法院 (2016) 最高法民再98号民事判決], 2016.05.31.

반적으로 기본시청료와 유료 패키지의 요금을 묶어서 부과한다는 것을 증명할 수 있다고 판단하였다. 비록 방송국은 5장의 영수증을 제출하여 기본시청료만을 부과한 사실이 있다는 것을 증명하려고 하였지만, 최고인민법원은 이러한 증거는 단지 이례적 상황에 불과하며 이러한 이례적 상황에 대해서 방송국이 합리적으로 해명할 수 없다고 판단하였다. 방송국은 추가로 최고인민법원에 영수증을 제출하였지만 제출된 영수증들은 모두 이 사건의 소송 제기 후에 작성된 것이었다. 최고인민법원은 이를 받아들이지 않았다. 결국, 최고인민법원은 현재의 증거만으로 소비자 선택권의 존재를 입증할 수 없다고 판단하였다.

다음, 최고인민법원은 기본시청서비스와 유료 패키지 서비스가 별개의 서비스에 해당한 것으로 인정하고, 방송국이 이 2가지 서비스의 묶음 제공은 거래 관행에 해당하거나 별도로 요금 부과하는 경우 2가지의 서비스의 품질에 영향을 미칠 수 있다는 것을 증명하지 못한다는 이유로 정당한 이유의 존재를 부정하였다.

마지막으로 최고인민법원은 기본시청료와 유료 패키지의 요금을 묶어서 부과하는 행위가 “객관적으로 소비자가 다른 사업자의 유료 패키지 서비스의 선택에 부정적인 영향을 미칠 수 있고, 다른 사업자의 시장진입을 방해할 수 있어서 시장경쟁에 부정적 효과가 있다”라고 판시하였다. 따라서 최고인민법원은 당해 행위가 반독점법 제17조 제1항 제5호의 끼워팔기 금지규정에 위반된다고 판단하였다. 그러나 이 사건에서의 시장지배적 사업자는 법령에 의한 지역 독점사업자이다. 방송국의 끼워팔기가 신규진입에 부정적인 영향을 미쳐서 경쟁을 제한하였다는 판단은 실증적인 증거 없이 막연한 추론에 불과하다.

### 3. 테트라팩 사건 - 경쟁사업자의 비용상승

테트라팩 사건<sup>168)</sup>은 국가공상총국이 직접 처리한 첫 번째 사건이다. 구체적으로 이 사건에서, 테트라팩은 중국대륙지역의 액체식품용 종이 용기의 무균포장설비시장(“설비시장”), 액체식품용 종이 용기의 무균포장설비의 애프터서비스시장(“서비스시장”), 종이무균포장재시장(“포장재시장”)에서 모두 시장지배적 지위를 가진 것으로 인정되었다. 그런데 설비시장이나 포장재 시장에서 테트라팩의 시장점유율은 모두 50% 이상으로 유지되어 왔지만 최근 몇 년 동안 내림세로 나타났다는 사실이 확인되었다. 만약에 이 사건에서 국가공상총국은 치후 v. 텐센트 판결처럼 시장의 실제상황을 중심으로 경쟁제한효과를 판단한다면, 테트라팩의 시장점유율 하락이라는 이유로 경쟁제한효과를 부정할 가능성이 있을 것이다.

이 사건에서 문제가 된 행위는, ① 끼워팔기(포장설비의 능률측정 기간에 포장재의 제한행위, 포장설비의 보증기간에 포장재의 제한행위, 포장설비의 임대 기간에 포장재의 제한행위, 정비서비스를 제공함에 있어서 포장재의 제한행위 포함), ② 상류 시장에서 갈색 종이를 대규모 생산과 판매하는 능력을 갖춘 유일한 사업자(“크라프트지 회사”)와 배타적 거래를 하는 행위, ③ 충성리베이트의 설정행위이다.

## (1) 끼워팔기의 인정

첫째, 포장설비의 능률측정 기간에 포장재의 제한행위에 관하여, 포장설비의 능률측정 기간은 고객이 생산을 시작한 후부터 8-12주로 설정되었다. 능률측정 기간을 설정한 목적은 포장설비가 합의된 능률 기준에 달할 수 있는지를 확인하기 위한 것이다.

---

168) 테트라팩 사건, 중화인민공화국 국가공상행정관리총국 행정처벌결정서, 공상경쟁사건 [2016] 제1호(中華人民共和國 國家工商行政管理總局 行政處罰決定書, 工商競爭案字 [2016] 1号), 2016.11.09.

테트라팩은 약관의 설정을 통해서 고객으로 하여금 능률측정 기간에 테트라팩의 포장재나 테트라팩의 인정을 받은 포장재만을 사용하도록 하였다. 고객은 이러한 요구를 위반한 경우 포장설비의 측정결과가 기대치에 미달한다고 하더라도 보상을 받을 수 없다.

국가공상총국은 업계에서 포장재의 기준규범이 있어서 기준에 달한 포장재는 모두 포장설비의 능률측정에 사용할 수 있는데, 테트라팩이 포장재의 선택을 제한하는 행위는 업계 관행과 부합되지 않는다고 판단하였다.

테트라팩은 능률측정 기간에 제삼자의 포장재를 사용하면, 기대치에 달하지 못한 경우, 설비의 문제인지 아니면 포장재의 문제인지를 확인할 수 없게 된다고 주장하였다. 그러나 국가공상총국의 조사결과에 따르면, 테트라팩의 포장재를 사용하여야 포장설비의 능률이 비로소 목표에 달할 수 있는 것이 아니다. 다른 포장재를 사용하더라도 같은 능률 기준을 달성할 수 있다. 게다가 능률 목표는 구체적인 숫자가 아니라 일정한 수치구간이다. 고객은 스스로 다른 포장재의 사용으로 초래한 포장설비 능률의 변동을 고려해서 포장재를 선택할 수 있다. 따라서 포장재의 사용을 한정할 필요가 없다.

그리고 국가공상총국의 분석에 따르면, 고객은 포장설비의 능률측정 기간에 테트라팩의 포장재만을 사용할 수 있고, 능률측정 기간이 지난 후 다른 포장재를 사용하려면, 설비를 다시 조정하여야 하므로 이것이 고객에게 추가비용을 의미한다. 결과적으로 능률측정 기간에 포장재의 제한은 나중에 포장재 전환의 장벽이 될 수 있다. 따라서 포장설비의 능률측정 기간에 포장재의 제한은 고객이 다른 포장재를 사용하는 시도를 저해하는 것이고, 포장재 시장의 경쟁을 제한하였다.

둘째, 포장설비의 보증기간에 포장재의 제한행위에 관하여, 보증기간은 능률측정 기간 지난 후의 12개월이나 포장설비 발송된 후의 18개월로 설정되었다. 테트라팩은 약관의 설정을 통해서 고객으로 하여금 보증기간

에 테트라팩의 포장재나 동등한 품질의 포장재만을 사용하도록 하였다. 이를 위반한 고객은 포장설비의 정비나 교환을 신청할 수 없게 된다.

테트라팩은 포장재의 제한은 소비자의 안전을 위한 것이라고 주장하였다. 그러나 국가공상충국은 테트라팩이나 "동등한 품질"의 포장재는 소비자의 안전과 필연적인 연관성이 없다고 판단하였다. 왜냐하면, 국가나 업계 소정의 기준에 달한 기타 포장재의 사고 발생률은 테트라팩보다 높다는 증거가 없고, 식품안전은 제조사 책임에 해당하여 제조사업자가 스스로 포장재를 선택할 수 있기 때문이다.

한편, 테트라팩은 자기의 포장재와 "동등한 품질"을 가진 포장재의 사용을 허용하지만, 이른바 "동등한 품질"의 인정기준과 인정절차를 밝힌 바 없다. 이에 대해서 테트라팩은 고객은 관련된 자료를 요구할 수 있다고 반박하였다. 그러나 고객은 테트라팩으로부터 관련된 품질기준 자료를 받았다고 하더라도 다른 포장재가 이 기준에 달하는지 여부를 평가하여야 하며 평가결과가 과연 테트라팩의 인정을 받을 수 있는지도 확실하지 않을 것이다. 따라서 국가공상충국은 당해 행위가 고객의 포장재 전환을 어렵게 한 것이고 실제의 강제효과가 있는 것으로 판단하였다.

그리고 국가공상충국은 테트라팩의 포장설비의 능률이 높아서 보증기간에 사용한 포장재의 수량은 방대하다는 이유로 포장재의 제한은 다른 포장재 사업자의 판매에 현저한 영향을 미쳤고 포장재 시장의 경쟁을 저해하였다고 판단하였다.

셋째, 포장설비의 임대 기간에 포장재의 제한행위에 관하여, 테트라팩은 약관의 설정을 통해서 포장설비의 임대 기간에 고객으로 하여금 테트라팩의 포장재나 동등한 품질의 포장재를 사용하도록 하였다. 고객이 이러한 약정을 위반하여 발생한 모든 손실에 대해서 테트라팩은 책임을 부담하지 않는다.

테트라팩은 자기의 설비를 보호하기 위해서 포장재를 제한하였다고 주장하였다. 그러나 국가공상충국은 이러한 주장을 받아들이지 않았다. 임

대 기간에 임차인은 설비에 대한 사용권을 갖고 있어 정확한 사용방법으로 정상적인 기계마모의 범위 안에 스스로 포장재를 선택할 수 있기 때문이다. 임대인이 임차인의 선택권을 박탈하는 것은 합리성이 없다. 따라서 국가공상충국은 테트라팩이 포장설비의 임차인으로 하여금 자기가 지정한 포장재만 사용하도록 하는 행위는 임대인의 권리를 초월하고 업계 관행과도 부합되지 않고, 정당한 이유도 없고, 포장재 시장의 경쟁을 제한하였다고 판단하였다.

넷째, 정비서비스를 제공함에 있어서 포장재를 제한하는 행위에 관하여, 테트라팩은 포장재의 사용 수량을 기준으로 하여 포장설비의 정비서비스를 제공하였다. 즉, 정비서비스의 제공은 테트라팩의 포장재 사용을 전제로 한다.

국가공상충국의 분석에 따르면, 포장재는 표준화 상품으로서 포장설비에 미칠 수 있는 영향은 안정적인 범위 내에 있다. 비록 다른 포장재의 사용은 정비서비스의 지출에 일정한 정도의 불확실성을 초래할 수 있지만, 완전히 예측할 수 없는 정도까지 이르지 않는다. 따라서 테트라팩 포장재의 사용은 포장설비의 정상적인 작동의 필수 조건이 아니다. 테트라팩 포장재의 사용을 정비서비스의 전제조건으로 하는 것은 기술상의 필요성이 없고 정당한 이유도 없고, 포장재 시장의 경쟁을 제한하였다.

국가공상충국은 앞서 언급한 여러 정황을 종합적으로 고려하여, 테트라팩은 포장설비와 정비서비스를 제공하면서 여러 방법으로 고객의 포장재 선택을 제한하였다고 인정하였다. 그리고 국가공상충국의 논리에 따르면, 이러한 행위들의 본질은 테트라팩이 포장설비시장과 정비서비스시장에서의 지배적 지위를 이용하여 고객의 포장재 선택에 영향을 가함으로써 고객들이 테트라팩의 포장재에 대한 사용을 익숙해지게 만들어서 다른 포장재의 사용을 감소시키는 것이다. 결과적으로 테트라팩의 위와 같은 행위들은 고객의 선택권을 제한함으로써 기타 포장재 사업자의 경쟁비용을 상승시켜 포장재 시장의 경쟁을 제한하였다. 따라서 위와 같은 끼워팔기 행위들은 반독점법 제17조 제1항 5호에서 금지하고 있는 "정당

한 이유 없이 상품을 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 거래조건을 붙여서 거래하는 행위"에 해당한 것으로 판단되었다.

## (2) 배타적 거래의 인정

포장재의 주된 원료로서 갈색 종지와 백색 종지가 있는데, 갈색 종지는 백색 종지보다 비용과 기능 측면에서 우월성이 있다. 그런데 중국 지역에서 갈색 종지를 대규모 생산과 판매하는 능력을 갖춘 사업자("크라프트지 회사")는 단 1개 밖에 없다. 테트라팩은 그 유일한 "크라프트지 회사"와 배타적 구매계약을 체결하였다. 중국 대륙시장에서의 다수의 포장재 사업자는 오랫동안 갈색 종지를 대규모로 구매할 수 없고 백색 종지만을 사용해 온 사실도 확인되었다.

정당한 이유의 존재 여부에 관하여, 국가공상총국은 이 사건에서의 "크라프트지 회사"는 스스로 포장재용 갈색 종지제조의 특허기술을 갖고 있다는 사실을 확인하였다. 따라서 테트라팩은 "크라프트지 회사"에 특허기술을 제공한 바 없으므로 "크라프트지 회사"의 거래처 선택은 테트라팩의 특허를 침해할 우려가 없다. 그리고 "크라프트지 회사"는 각 고객의 주문에 따라서 맞춤형 제품을 제공할 수 있다. 따라서 제삼자에 대한 공급은 테트라팩의 이익을 저해할 수 없다.

경쟁제한효과에 관하여, 국가공상총국은 "실제의 경쟁제한효과"와 장기적인 경쟁제한의 우려를 분석하였다. 우선, 국가공상총국은 "크라프트지 회사"의 생산능력은 테트라팩의 구매량을 현저히 웃돌고 있는데도 불구하고 당해 회사가 줄곧 테트라팩에만 공급해 왔고 테트라팩의 경쟁사업자들의 청약을 모두 거절하였다는 사실을 들어 "실제의 경쟁제한효과"를 인정하였다.

그리고 장기적으로 볼 때, 배타적인 거래 때문에 크라프트지 시장에서

생산능력보다 구매량의 부족으로 인해서 크라프트지 회사가 산출량을 확대할 인센티브가 없어질 것이고, 테트라팩에 대한 의존도가 더 높아질 것이다. 또한, 포장재 시장에서 중요한 원자재의 공급제한으로 인하여 혁신이 저해될 수 있을 것이다. 따라서 테트라팩의 배타적 거래행위의 위법성이 인정되었다.

### (3) 경쟁제한적 충성리베이트의 인정

충성리베이트의 위법성을 인정함에 있어서 국가공상총국은 우선, 충성리베이트란 사업자가 일정한 기간에 상품의 누적 거래량, 거래금액, 거래비율이나 충성도를 반영할 수 있는 기타 지표에 따라서 지급하는 리베이트를 말한다고 정의하였다. 이어서 국가공상총국은 테트라팩이 실시한 수십 종류의 리베이트를 검토하고 그중에서 소급형 리베이트(단일상품의 소급형 리베이트와 복수결합상품의 소급형 리베이트 포함)와 고객맞춤형 구매목표달성 리베이트가 충성리베이트에 해당한 것으로 인정하였다.

충성리베이트의 개념과 테트라팩이 실시한 충성리베이트의 범위를 확정하는 다음에 국가공상총국은 충성리베이트의 경쟁제한효과를 분석하기 시작하였다. 여기서 국가공상총국은 리베이트가 널리 사용되는 사업수단으로서 경쟁을 촉진할 수 있어서 소비자 후생에 이롭지만, 특정한 시장 조건 아래서 시장지배적 사업자가 실시하는 충성리베이트가 경쟁제한효과를 초래한 경우에는 규제하여야 한다고 명시하였다.

그러나 고객 맞춤형 구매목표달성리베이트에 대해서 국가공상총국은 사실상 당연위법의 접근방법을 취하였다고 평가할 수 있다.<sup>169)</sup> 이와 관련된 국가공상총국의 분석에 따르면, 고객맞춤형 구매목표달성리베이트

---

169) Xingyu Yan, "Whither Antitrust Regulation of Loyalty Rebates in China: The Tetra Pak Decision and Lessons from the EU", 「World Competition」, Vol. 40, No. 4, Kluwer Academic Publishers, 2017, p. 619, p. 627.



의 설정행위는 시장지배적 사업자가 고객의 구체적인 상황에 따라서 구매비율이나 구매량의 문턱 값을 설정하여 이 문턱 값을 전제조건으로 리베이트를 제공하는 것이다. 따라서 고객 맞춤형 구매목표달성리베이트를 설정하는 목적은 바로 고객의 충성도를 유지나 제고하여 경합수요부분을 비경합수요부분으로 만든 데에 있다. 이러한 행위로 인하여 고객의 구매비율과 구매량이 봉쇄되고 경쟁사업자의 경쟁 여지가 축소될 수 있다.

테트라팩의 충성리베이트의 경쟁제한효과를 분석함에 있어서 국가공상총국은 소급형 리베이트에 중점을 두고 있다. 국가공상총국은 먼저 소급형 리베이트의 일반적인 속성상 고객유인 효과가 있다는 것을 설명하고, 이어서 테트라팩이 소재한 시장의 특징을 검토함으로써 테트라팩이 비경합수요부분에 대한 지배력을 경합수요부분으로 전이할 가능성을 살펴보고, 마지막으로 이론 분석 위주로 경쟁제한효과를 인정하였다. 국가공상총국의 구체적인 분석방법은 아래와 같이 요약할 수 있다.

소급형 리베이트의 일반적인 고객유인 성격에 관하여, 소급형 리베이트의 특성상 구매량이 일정한 문턱 값 넘게 되면, 추가된 구매부분에 0 가격 심지어 마이너스 가격이 나타날 수 있다. 따라서 소급형 리베이트가 비소급형 리베이트보다 고객유인 효과가 더 현저하다.

테트라팩이 비경합수요부분에 대한 지배력을 경합수요부분으로 전이할 가능성에 관하여, 국가공상총국은 우선 고객의 총수요를 ‘비경합수요부분’과 ‘경합수요부분’ 2가지로 나누었다. ‘비경합수요부분’은 오로지 시장지배적 사업자만 제공할 수 있는 것이고, ‘경합수요부분’은 시장지배적 사업자와 그의 경쟁사업자가 모두 제공할 수 있는 것이다.

이어서 국가공상총국은 테트라팩이 소재한 시장의 실제상황을 살펴본다. 테트라팩의 포장재 종류가 다양하고, 일부 품목의 포장재는 테트라팩만 제공할 수 있다. 그리고 대규모 생산의 고객은 테트라팩의 생산능력에 대한 의존도가 높다. 게다가 포장설비의 능률측정 기간, 품질보증 기간에 테트라팩의 포장재만을 사용하도록 하는 거래조건은 ‘비경합수요

부분'을 확대하였다. 경쟁사업자가 일부 소량의 거래를 성사시키려면, 고객의 '비경합수요부분'에 상응한 소급형 리베이트의 손실까지 채워야 하므로 아주 낮은 가격조건을 제시하여야 한다. 그리고 실제로 복수결합상품의 소급형 리베이트의 실시는 관련된 상품 판매량을 현저히 상승시켰다는 사실도 확인된 바 있다.

다음, 경쟁제한효과를 인정함에 있어서 국가공상총국은 아래와 같이 이론적 분석 위주로 단기적으로 경쟁사업자의 배제 우려, 장기적으로 소비자 후생 저해의 우려를 인정하였다.

단기적으로 경쟁사업자가 '경합수요부분'의 일부 수요를 쟁탈하기 위해서 '비경합수요부분'에 상응한 소급형 리베이트의 손실까지 채워야 하므로 테트라팩의 실제 판매가격보다 더 낮은 가격을 제시하여야 한다. 이 사건의 특정한 시장조건 아래에서 '경합수요부분'이 제한적이어서 경쟁사업자가 제시할 가격은 아주 낮을 가능성이 있어, 경쟁상의 불이익을 겪게 되고 경쟁에서 배제될 우려가 있다. 그러나 이러한 이론적인 분석은 사실상 테트라팩의 시장점유율의 내림세와 부합되지 않고, 테트라팩의 충성리베이트 때문에 시장에서 배제된 사업자가 있는지에 관한 실증적 분석은 전혀 언급되지 않았다는 비판이 있다.<sup>170)</sup> 그리고 국가공상총국은 고객 충수요 중에서 '비경합수요부분'이 차지한 비율을 설명하지 않았다는 비판도 있다.<sup>171)</sup>

장기적으로 테트라팩의 충성리베트는 경쟁사업자들의 판매량과 이윤을 저해하여 경쟁사업자의 설비 가동률을 저하시킬 수 있다. 결과적으로 경쟁사업자들은 테트라팩과 유사한 비용으로 경쟁할 수 없게 될 것이다. 그뿐만 아니라 잠재적 경쟁자들이 시장에 진입할 인센티브도 상실하게

---

170) Fei Deng & Su Sun, "Raising the Bar: How Does China's Tetra Pak Decision Measure Up to the ECJ's Requirements for Loyalty Rebate Cases?", The Antitrust Source, 2018, p. 6, [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust\\_source/feb18\\_deng\\_2\\_15f.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/feb18_deng_2_15f.authcheckdam.pdf)(검색일: 2019.04.28.).

171) 李俊峰, ““忠誠折扣”的壟斷違法性判定-以利樂公司行政處罰案爲材料”, 「當代法學」, 第2期, 吉林大學, 2019, 88면.

될 것이다. 최종적으로 경쟁 정도의 약화가 소비자 후생을 저해할 것이다.<sup>172)</sup>

그리고 실증적인 증거로서 국가공상총국은 시장수요가 신속히 증가하는 상황에서 2009~2013년 중국대륙시장에서의 다수의 중소포장재 사업자의 경영상황에는 현저한 개선이 없었고, 이윤율이나 가동률은 계속 저조하였다는 사실을 들었다. 그리고 국가공상총국은 이러한 사실은 일정한 정도로 중소사업자의 생존과 발전이 저해되었다는 것을 보여줄 수 있다고 설명하였다. 그러나 국가공상총국은 이러한 사실과 테트라팩의 리베이트 사이의 인과관계를 설명하지 못한다는 비판이 있다.<sup>173)</sup>

결론적으로 국가공상총국은 테트라팩의 충성리베이트가 경쟁수요부분을 침식하는 효과를 초래할 수 있어서 단기적으로 경쟁사업자를 봉쇄할 수 있고, 장기적으로 경쟁사업자들이 동등한 비용으로 테트라팩과 경쟁하지 못하게 할 수 있다고 판단하였다. 따라서 국가공상총국은 테트라팩의 충성리베이트 설정행위가 반독점법 제17조 제1항 제7호 “기타 시장지배적 지위 남용행위”에 해당한 것으로 인정하였다.

#### IV. 소결

치후 v. 텐센트 판결에서 최고인민법원은 관련시장의 경계선이 모호하고, 시장지배적 지위가 명백하지 않은 경우, 한 걸음 더 나아가 경쟁에 미치는 영향에 대한 분석을 통해서 시장지배적 지위의 유무에 대해서 내려진 결론의 정확성을 검증할 수 있다고 제시하고, 시장지배적 지위 남

---

172) 국가공상총국은 소비자 후생 저해의 인정을 더 자세히 설명했으면 좋겠다는 지적이 있다. Xiao Fu & Guofu Tan, "Abuse of Market Dominance Under China's Anti-Monopoly Law: The Case of Tetra Pak", 「Review of Industrial Organization」, Volume 54, Issue 2, 2019, p. 424.

173) Xingyu Yan, 앞의 논문, p. 627.

용의 성립 여부를 판단함에 있어서는 소비자 이익 저해와 경쟁 저해 2가지 기준을 적용하였다. 그리고 당해 사건에서 최고인민법원은 경쟁제한 효과를 검토할 때, 이론적 분석보다 '시장의 실제상황(the actual state of the market)'에 초점을 맞췄다.<sup>174)</sup>

학계에서 최고인민법원이 채택한 접근방법은 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준을 거래상대방(최종소비자 포함) 중심에서 경쟁자들에 미친 영향으로 중심을 옮기는 신호를 보내고 있는 것으로 보는 견해가 있다.<sup>175)</sup> 그 이유로서, 첫째, 최고인민법원은 소비자에게 미치는 영향에 관한 분석보다 문제된 행위 전후 원피고와 기타 경쟁자들의 시장점유율 변화에 치중한 것으로 보인다. 둘째, 최고인민법원은 "양자택일"행위가 소비자에게 단순한 "불편"을 끼쳤다고 판단을 내린 이유는 역시 메신저 시장에서 충분한 경쟁이 존재한다는 사실에서 비롯된 것이다. 셋째, 최고인민법원은 패키지 설치행위가 소비자 선택 자유의 제한행위에 해당하는지를 판단함에 있어서 느슨한 태도를 취하였다. 즉, 최고인민법원은 소비자가 소프트웨어를 패키지로 설치한 다음에 부상품을 제거할 수 있다는 이유로 당해 패키지 설치행위에 강제성이 없다고 판단하였다.

그러나 치후 v. 텐센트 판결 후, 오효진 v. 방송국 사건에서 최고인민법원은 방송국이 기본시청료와 유료 패키지의 요금을 묶어서 부과하는 행위의 위법성을 검토하는 데 소비자 선택의 자유가 존재하였는지 여부 위주로 검토하였고, 신규진입에 부정적인 영향을 미쳤다는 결론은 단순히 소비자 선택 자유의 제한에서 추론한 것이었다. 게다가 이 사건에서의 시장지배적 사업자는 법령에 의한 지역 독점사업자이다. 방송국의 끼워팔기가 신규진입에 부정적인 영향을 미쳐서 경쟁을 제한하였다는 판단은 실증적인 증거 없이 막연한 추론에 불과하다. 따라서 최고인민법원은 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서 경쟁자에게 미치는 영향으로 중심을 전이하고 있다고 단언할 수 없고, 거래상대방에게 미치는 영향, 예컨대, 소비자 선택 자유의 제한은 여전히 위법성의 판단기준이 될 수

174) Yong Huang & Xin Zhang, 앞의 논문.

175) Adrian Emch, 앞의 논문, p. 25.

있다.

한편, 퀄컴 사건에서, 국가발개위는 실증적인 증거를 검토하지 않은 채 문제된 행위의 경쟁제한효과를 인정하였다. 예를 들면, 퀄컴의 SEPs 라이선스와 비-SEPs 라이선스의 끼워팔기를 분석할 때, 국가발개위는 아무 실질적 증거 없이 이러한 행위 때문에 퀄컴의 비-SEPs와 경쟁관계가 있는 기타 대체적 기술들이 경쟁에 참여하는 기회와 가능성이 상실되므로 당해 행위가 비-SEPs 라이선스시장의 경쟁을 심각하게 제한하였고, 혁신을 저해하였고, 최종적으로 소비자의 이익을 저해하였다고 단정하였다.

학계에서 국가발개위의 접근방법을 긍정적으로 평가하는 견해<sup>176)</sup>도 있지만, 경쟁제한효과에 대한 입증의 결여를 비판하는 견해도 있다.<sup>177)</sup> 경쟁제한효과의 입증 결여를 지적하는 견해에 의하면, 모든 시장행위는 정도의 차이가 있지만 모두 경쟁제한효과를 초래할 수 있다. 예를 들면, 갑은 자기의 물건을 을에게 판매한 다음에, 당해 물건에 대하여 제삼자와 갑의 거래기회가 배제될 것이다. 같은 맥락에서 모든 끼워팔기는 부상품시장의 경쟁을 저해할 수 있다. 이러한 이론상의 가능성을 경쟁제한효과의 증거로 본다면, 반독점집행기구는 아예 경쟁제한효과를 입증하지 않아도 된다는 것과 마찬가지이다.<sup>178)</sup>

결론적으로 중국의 법원과 반독점집행기구가 시장지배적 지위 남용을 규제할 때, 경쟁제한효과를 판단함에 있어서 접근방법의 일관성이 없어 보인다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서, 경쟁제한효과의 일반적인 판단기준, 고려요소를 제시할 필요가 있을 것이다.

---

176) Shi Jianzhong, "A Review of The Qualcomm Antitrust Case", China Legal Science, Vol. 3, China Law Society, 2015, pp. 155-156.

177) 侯利陽, "大歷史視角下的反壟斷法與本土化移植", 「交大法學」, 第4期, 上海交通大學出版社, 2018, 77면.

178) 侯利陽, 같은 논문, 77면.

### 제3절 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계

시장지배적 지위는 수평적으로 경쟁사업자 사이에서의 막강한 경제적 우위를 의미한다면, 거래상 지위는 거래상대방과의 지속적인 거래 관계에서 거래상대방의 의존성에서 비롯된 상대적 우월적 지위를 의미한다.<sup>179)</sup> 중국 사회에서 대규모유통업체가 납품업체에 불공정한 요금을 부과하는 행위,<sup>180)</sup> 상업은행이 소비자에게 조기상환수수료를 부과하는 행위<sup>181)</sup> 등에 대한 불만이 커지면서 거래상 지위 남용의 도입에 대한 기대감도 높아졌다. 이러한 배경에서 거래상 지위에 있는 사업자가 거래상 지위를 남용하여 공정하고 자유로운 경쟁을 제한하거나 소비자의 이익을 저해했는데도 불구하고 소비자에게 다른 구제수단이 없는 한 반독점법으로 거래상 지위의 남용을 금지할 필요가 있다는 주장이 제기되었다.<sup>182)</sup>

반면, 거래상 지위 남용의 도입을 지향하는 목소리가 높아짐에 따라 거래상 지위 남용 이론에 대한 부정적 견해도 제기되었다.<sup>183)</sup> 우선, 전통적인 반독점 법리의 분석 틀에 따라 관련시장의 획정을 통해서 거래상 지위는 시장지배적 지위로 인정할 수 있을 것이다.<sup>184)</sup> 예를 들면, 거래상 지위의 이론기초는 의존성에 있고, 의존성은 경제학상의 매물비용과 관련되는 경우 매물비용이 높을수록 시장진입도 어려워지기 때문에, 관련 시장에서 거래상 지위와 시장지배적 지위가 중첩될 수 있다. 게다가 이

179) 文學國, "濫用與規制—反壟斷法對企業濫用市場支配地位行為之規制", 中國社會科學院研究生院 博士學位論文, 2002, 64면.

180) 李劍, "'家樂福'超市收費的法律分析", 「法學論壇」, Vol.19 No.5, 山東省法學會, 2004, 59면.

181) 孟雁北, "濫用相對經濟優勢地位行為的反壟斷法研究", 「法學家」, 第6期, 中國人民大學, 2004, 82면.

182) 孟雁北, 같은 논문, 2004, 88면.

183) 李劍, "相對優勢地位理論質疑", 「現代法學」, 第27卷 第3期, 西南政法大學, 2005, 101-106면.

184) 李劍, 같은 논문, 2005, 104면.

성적인 사업자가 매물비용의 회수를 고려하여 거래상대방과 장기의 계약서를 체결할 것이다. 매물비용이 발생한다는 이유로 거래상 지위에 있는 사업자에게 계약유지의무를 부과하는 것은 거래상 지위에 있는 사업자에게 시장지배적 사업자보다 더 엄격한 의무를 부과하는 것이다.<sup>185)</sup> 한편, 대형유통업체와 납품업체 사이 협상력의 차이는 의존성에서 기인한 것이 아니라, 전후방시장에서의 경쟁 정도의 차이에서 비롯된 것이다.<sup>186)</sup> 일반적으로 소형 제조업의 시장진입 장벽이 낮고 상품의 동질성이 높아서 과열 경쟁의 문제가 존재한다. 과열 경쟁이 존재하는 산업의 사업자가 협상력에 있어서 불리한 지위에 처하게 된 것은 당연한 것이고, 공권력의 개입은 오히려 효율성이 부족한 사업자의 도태, 규모경제의 달성에 방해가 될 수 있다.

반독점법이 공포된 후, 거래상 지위라는 개념은 반독점법에서 명시적으로가 아니지만, 시장지배적 지위 남용의 규제조항에 포섭되었다는 것으로 평가된 바 있다.<sup>187)</sup> 그 근거는 바로 반독점법 제18조에서 규정하고 있는 시장지배적 지위 남용의 인정조건에 있다. 반독점법 제18조는 시장지배적 지위를 인정함에 있어서 고려할 여섯 가지 요소를 예시적으로 열거하고 있는데, 그중에서 기타 사업자의 당해 사업자에 대한 거래 관계상의 의존도(4호), 관련시장의 진입 난이도(5호)와 시장지배적 지위의 인정과 관련된 기타 요소(6호)는 거래상 지위의 인정과 관련될 수 있다.<sup>188)</sup>

그러나 「반부정당경쟁법」의 개정과정에서 거래상 지위 남용금지조항의 도입이 제안되는 계기로 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 관계는 다시 중요한 쟁점으로 부상되었다.<sup>189)</sup> 논쟁 끝에 「반부정당경쟁

185) 李劍, 같은 논문, 2005, 103-105면.

186) 李劍, 같은 논문, 2005, 106면.

187) 王先林, "論濫用市場支配地位行爲的法律規制—《中華人民共和國反壟斷法(草案)》相關部分評析", 法商研究 第4期(總第120期), 中南財經政法大學, 2007, 12면; 徐士英·唐茂軍, "濫用相對支配地位行爲的法律規制研究", 「東方法學」, 第3期, 上海市法學會, 上海人民出版社, 2008, 43면; 焦海濤, "反壟斷法規制相對優勢地位的基础与限度", 「時代法學」, Vol. 6 No. 3, 湖南師範大學, 2008, 79면.

188) 徐士英·唐茂軍, 앞의 논문, 43면.

189) 국무원법제사무실(國務院法制辦公室), "「반부정당경쟁법(심사용 초안)」의 의견수

법」에 거래상 지위 남용금지조항의 도입은 무산되었는데, 도입을 반대하는 논거 중의 하나가 바로 시장지배적 지위 남용규제로 거래상 지위 남용을 다분히 포섭할 수 있다는 것이다.

「반부정당경쟁법」에 거래상 지위 남용조항의 도입을 반대하는 입장에서, 시장지배적 지위와 거래상 지위에는 본질적인 차이가 없고, 거래상 지위나 시장지배적 지위나 모두 지배적 지위의 표현형식에 불과하다는 견해가 있고,<sup>190)</sup> 반독점법상 시장지배적 지위의 인정요소 중의 하나로서 거래상대방의 의존도(반독점법 제18조 제1항 제4호)가 명시되고 있기 때문에, '거래상 지위' 남용은 새로운 법리로서 도입할 필요가 없고 기존의 시장지배적 지위 남용의 틀 아래서 관련시장의 적절한 획정을 통해서 다분히 규제될 수 있다는 견해도 있다.<sup>191)</sup> 후자의 입장에서, 반독점법으로 모든 거래상 지위 남용행위를 규제할 수 없으므로 민법, 상법의 규제와 특별법의 제정이 필요할 것이다.<sup>192)</sup>

관련시장의 적절한 획정을 통해서 시장지배적 지위 남용에 대한 규제에 거래상 지위 남용을 다분히 포섭할 수 있다는 견해에 따르면, 특정한

---

럼에 관한 공지[國務院法制辦公室關於公布《中華人民共和國反不正當競爭法（修訂草案送審稿）》公開徵求意見的通知]”, 2016. 2. 25. 반부정당경쟁법(심사용 초안) 제6조 제1항 사업자는 '상대적 우월적 지위'를 이용하여 아래의 불공정거래행위를 하여서는 아니 된다. ① 정당한 이유 없이 거래상대방의 거래처를 제한하는 행위, ② 정당한 이유 없이 거래상대방으로 하여금 자기가 지정한 상품만을 구매하도록 하는 행위, ③ 정당한 이유 없이 거래상대방과 기타 사업자 사이의 거래조건을 제한하는 행위, ④ 부당한 비용을 부과하거나 기타 불합리한 경제적 이익을 제공하도록 요구하는 행위, ⑤ 기타 불공정한 거래조건을 부과하는 행위.

제2항 이 법에서 말하는 '상대적 우월적 지위'란, 구체적인 거래 관계에서, 거래 일방이 자금, 기술, 시장진입, 유통망, 원자재의 구매 등 측면에서 우월적 지위에 있고, 그에 따라 거래상대방은 당해 사업자에 대한 의존도가 높아서 다른 사업자로 거래처를 전환하기 어려운 것을 말한다.

190) 許光耀, “‘相對優勢地位’與‘市場支配地位’的法理辨析—對「反不正當競爭法(徵求意見稿)」第6條的不同闡釋”, 「價格理論與實踐」, 第5期 總第383期, 中國價格協會, 2016, 43면.

191) 王曉暉, “論濫用‘相對優勢地位’的法律規制”, 「現代法學」, Vol. 38, No. 5, 西南政法大學, 2016, 81면; 朱理, “濫用相對優勢地位問題的法律規制—虛幻的敵人与真實的危險”, 「電子知識產權」, 第6期, 信息產業部電子科技情報研究所·信息產業部電子知識產權諮詢服務中心, 2016, 33-34면.

192) 참고: 王曉暉, 앞의 논문, 88-89면; 朱理, 앞의 논문, 39면.



브랜드의 자동차 제조사와 정비업체의 관계에서, 정비업체의 입장에서 거래처전환의 어려움을 고려하여 관련시장을 좁게 획정하는 경우 제조사의 거래상 지위는 바로 시장지배적 지위에 해당할 수 있을 것이다.<sup>193)</sup> 이와 같은 맥락에서 아직 논의 중인 「자동차 산업에 관한 반독점 지침」<sup>194)</sup>은 특정 브랜드의 자동차의 정비서비스를 제공함에 있어서 당해 브랜드에 적용할 수 있는 부품과 정비기술정보가 필요하기 때문에 관련 부품판매시장과 관련정비서비스시장을 획정할 때 브랜드가 중요한 고려요소가 된다고 규정하고 있다. 실제로 유대화 v. 닛산 사건<sup>195)</sup>에서 유대화라는 소비자는 닛산 티아나의 차주로서 닛산이 자기의 대리점에만 순정품을 공급하고, 닛산 대리점에서 닛산 티아나의 순정품 도어락의 교체비용이 독립 정비소에서 애프터마켓부품의 교체비용보다 현저히 높다는 이유로 소송을 제기하였는데, 법원은 닛산 티아나에 적용할 수 있는 도어락 부품시장을 관련상품시장으로 획정한 바 있다.

한편, 거래상 지위 남용규제의 보호법익은 사업자의 공정한 거래와 공정한 경쟁의 권리로 보는 견해도 있다.<sup>196)</sup> 즉, 거래상 지위 남용의 규제는 국가기관이 의존관계가 존재하는 거래 관계에 개입하여 공정성을 현저히 잃은 거래행위와 부정당경쟁행위를 규제함으로써 열등한 지위에 있는 사업자의 공정한 거래와 공정한 경쟁의 권리를 보호하는 것이다.

「반부정당경쟁법」은 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 촉진하고, 공정한 경쟁을 조장·보호하고, 부정당경쟁행위를 규제함으로써 사업자와 소비자의 합법적 이익을 보호하기 위해서 제정된 것이다(반부정당경쟁법 제1조). 한편, 반독점법은 반경쟁적 행위를 방지·규제함으로써 공정한 경쟁을 보호하고, 경제적 효율성을 높이고, 소비자의 이익과 공공이익을 유

193) 王曉曄, 앞의 논문, 81면.

194) 「자동차 산업에 관한 반독점 지침(關於汽車業的反壟斷指南)(의견수렴용 초안)」, [http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201603/t20160323\\_795743.html](http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201603/t20160323_795743.html)(검색일: 2018.08.29).

195) 유대화 v. 닛산 사건, 호남성고급인민법원 (2012) 민사 제3재판부 중심 제22호 민사판결[湖南省高級人民法院(2012)湘高法民三終字第22号民事判決], 2012.06.22.

196) 戴龍, "濫用相對優勢地位的法律規制研究—兼議《反不正當競爭法(修訂草案送審稿)》第6條的修改", 「中國政法大學學報」, 第2期, 中國政法大學, 2017, 153면.

지함과 아울러 사회주의 시장경제의 건전한 발전을 촉진하기 위해서 제정된 것이다(반독점법 제1조). "사업자의 합법적 이익의 보호" 여부는 양법의 입법 목적상의 차이점이다. 이러한 차이점은 반독점법의 보호 대상은 경쟁자가 아니라 경쟁이지만, 반부정당경쟁법은 사업자의 이익까지 보호 대상으로 한다는 것을 시사하고 있다.<sup>197)</sup> 그리고 사업자의 이익의 범위에서 공정한 거래와 공정한 경쟁의 권리가 포함된다. 따라서 반부정당경쟁법은 "공정거래법"의 특징을 지니고 있다.<sup>198)</sup> 결국, 거래상 지위 남용은 본질상 불공정한 거래행위에 해당하므로 반부정당경쟁법으로 규제하는 것이 타당할 것이다.<sup>199)</sup>

하지만, 거래상 지위 남용의 판단기준에는 불명확성이 있기 때문에, 거래상 지위 남용의 규제 자체가 남용될 우려가 있다. 따라서 "시장질서의 방해와 공정한 경쟁의 저해"라는 효과요건이 필요할 것이다.<sup>200)</sup> 이른바 "시장질서의 방해와 공정한 경쟁의 저해"는 반독점법에서 요구하고 있는 경쟁제한효과보다 느슨한 효과기준으로서 사법기관이나 반독점집행기관이 구체적인 사안별로 판단하여야 한다.<sup>201)</sup>

"반독점법 개정"에 관한 전문가 건의안"은 기존의 제3장 '시장지배적 지위 남용'에 거래상 지위 남용을 더 추가하여 제3장의 명칭도 '시장지배적 지위, 상대적 우월적 지위 남용'으로 변경하였다. 그리고 시장지배적 지위와 구별하여 거래상 지위의 인정은 거래 관계에서 거래상대방의 의존도에 착안하고 있다. 이러한 점에 비추어 보면, 전문가들은 거래상 지위와 시장지배적 지위의 구별을 인식하여 반독점법에 거래상 지위 남용 규제를 도입하고자 시도하고 있다.

그러나 전문가 건의안 제22조(시장지배적 지위 남용행위)와 제23조(거

197) 戴龍, 같은 논문, 152면.

198) 戴龍, 같은 논문, 152면.

199) 王先林, "反不正当競爭法的修訂与競爭法体系的協調与銜接", 「中國市場監管研究」, 第12期, 中國市場監督管理學會, 2017, 30면.

200) 戴龍, 앞의 논문, 157면.

201) 戴龍, 같은 논문, 157면.

래상 지위 남용)는 모두 일정한 남용행위를 열거하고 시장지배적 지위나 거래상 지위를 가진 사업자가 정당한 이유를 증명할 수 있으면 당해 행위가 금지되지 않는다는 식으로 규정하고 있다. 그리고 제24조(정당한 이유의 인정기준)는 이 법 제22조, 제23조에서 말하는 “정당한 이유”를 인정함에 있어서, 아래와 같은 요소를 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에 대해서 같은 위법성 조각 사유를 적용한다는 뜻이다.

이른바 “정당한 이유”의 고려요소로서 ① 문제된 행위가 경제적 효율성이나 사회공공이익에 미치는 영향, ② 문제된 행위의 필요성, 즉, 당해 행위는 법령에 따라서 반드시 실시하여야 할 행위인지 여부, 경제적 효율성이나 사회공공이익의 실현에 필수적인지 여부, ③ 문제된 행위는 소비자에게 혜택을 가져올 수 있는지 여부, ④ 문제된 행위는 관련시장에서의 실제 또는 잠재적 경쟁을 배제하거나 심각히 제한하는지 여부 등이 열거되고 있다. 결국, 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안에 따르면 거래상 지위 남용행위의 위법성은 경쟁제한성에서 찾고 있는 것으로 보인다. 반독점법이라는 법률명칭을 그대로 두고 제3장 시장지배적 지위 남용규제에 거래상 지위 남용규제의 내용을 더 추가하고, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에 대하여 동일한 정당한 이유의 인정기준을 적용하는 건의는 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용 위법성 판단기준의 혼선문제를 품고 있는 것으로 보인다.

## 제4절 소결

반독점법 제17조 제1항은 시장지배적 지위를 가진 사업자가 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 따라서 시장지배적 지위 남용행위의 실시자가 시장지배적 사업자가 아니면 반독점법의 규제를 받지 않을 것이다.<sup>202)</sup> 같은 조문 제2항은 시장지배적 지위의 정의조항이다. 즉, 시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 시장진입을 방해할 수 있는 시장지위를 말한다. 따라서 시장지배적 지위를 인정함에 있어서는 관련시장을 확정하여야 할 것이다. 그러나 치후 v. 텐센트 판결에서 최고인민법원은 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 피소 사업자의 시장 지위와 피소 행위의 시장효과를 평가할 수 있다고 판시하였다.

위와 같은 판시가 후속 판결에서 인용되고 있다. 예컨대, 동화 v. 통신사 사건에서 상해시급인민법원은 위와 같은 판시를 인용하면서 한 걸음 더 나아가 피소 행위로 인해서 경쟁제한효과의 유무가 명백한 경우 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 판시하였고, 관련시장을 명확하게 확정을 안 한 것이 아니라 관련시장이나 시장지배적 지위를 아예 검토하지 않고 시장지배적 경쟁제한효과의 유무를 검토함으로써 경쟁제한효과가 발생하지 않았다는 이유로 행위의 위법성을 부정하였다. 최고인민법원은 역시 이러한 접근방법을 수긍한 태도를 취하였다.

민사소송에서 원고(개별 소비자)가 단순히 자기의 손해만 주장하고 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 충분히 증명하지 못하면 법원은 원고의 청구를 기각하는 것은 결과적으로 틀리지 않을 것이다. 그런데 효과로부터 지위를 추론한다면, 시장지배적 지위 남용행위의 효과가 다양하게 나올 수 있는데, 어떤 효과로부터 시장지배적 지위를 인정할 수 있

---

202) 時建中, 앞의 책, 47면.

는지는 예측하기 힘들 것이다. 게다가 경쟁제한적 행위와 효과 사이에 인과관계가 있어야 하는데, 경쟁제한적 효과가 실제로 발생했는지 여부는 여러 측면에서 영향을 받을 것이고, 경쟁사업자가 시장지배적 사업자의 방해를 극복하면서 시장에서 계속 활동할 수 있다면, 경쟁제한효과가 발생하지 않을 수도 있다. 이러한 상황에서 경쟁제한효과의 부존재로부터 행위의 정당성이나 시장지배적 지위의 부존재를 도출하는 것이 불합리할 것이다. 따라서 관련시장의 획정, 시장지배적 지위의 인정과 경쟁제한효과의 판단을 순차적으로 진행할 필요가 있는지에 대한 검토가 필요할 것이다.

현재까지의 규제 실무를 보면, 반독점집행기구든 법원이든 시장지배적 지위 남용행위를 판단함에 있어서는 경쟁을 제한하는 효과를 검토하고 있지만, 경쟁제한효과를 판단함에 있어서 접근방법의 일관성이 없어 보인다. 실무에서는 행위의 불공정성으로부터 경쟁제한효과를 도출하는 경우도 있고, 구체적으로 관련시장에서 행위자와 경쟁자들의 시장점유율의 변화, 시장진입상황, 시장경쟁의 치열한 정도를 검토하고 경쟁제한효과를 판단하는 경우도 있다.

규제 실무를 종합적으로 보면, 경쟁제한효과에 대한 입증수준은 행위자의 시장지배적 지위의 강도 및 행위의 불공정성의 정도와 시소 타기의 양상으로 나타났다. 즉, 행위자의 시장지배적 지위가 명백하고 행위의 불공정성이 명백한 경우 법원과 반독점집행기구는 실증적인 근거 없이 경쟁제한효과를 추론하는 경향이 있고, 반면에 행위자의 시장지배적 지위의 존재 여부가 애매하거나 행위의 불공정성이 애매한 경우 법원과 반독점집행기구는 경쟁제한효과를 판단함에 있어서 실증적 근거에 치중하는 경향이 있다. 따라서 그동안 실무에서 경쟁제한효과를 판단함에 있어서 고려된 판단요소를 검토함으로써 보다 명확한 경쟁제한효과 판단기준을 정립할 필요가 있다.

그리고 동화 v. 통신사 사건에서 최고인민법원이 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준을 단순히 경쟁을 제한하는 효과에 한정하고

거래상대방을 착취하는 효과를 간과한 것으로 보인다. 결과적으로 최고 인민법원은 중국이동통신사(상해)의 이동전화번호 유지 기간 단축행위가 경쟁사업자에게 영향을 미칠 수 없다는 이유로 행위의 위법성을 부정하였다. 그러나 이동전화번호 유지 기간의 단축행위가 경우에 따라서 착취 남용에 해당할 수도 있을 것이다.

그런데 현재 반독점법 제1장 제6조에서 시장지배적 사업자가 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다는 규정은 시장 남용규제의 일반조항으로 인식되고 있다. 동조(同條)는 시장지배적 지위 남용의 위법성을 경쟁제한성으로 한정하고 있기 때문에, 법원과 반독점 집행기구들은 실무에서 착취남용과 방해·배제남용을 구별하지 않는 경향이 있다. 오효진 v. 방송국 사건에서 보듯이 법원은 방해·배제남용뿐만 아니라 사실상 착취남용을 규제하고 있지만, 착취남용의 위법성을 경쟁제한성과 결부시키는 경향이 있다.

중국의 학술 문헌에서는 흔히 시장지배적 지위 남용을 착취남용과 방해·배제남용으로 분류하여 소개하고 있다. 착취남용은 시장지배적 사업자가 유효경쟁의 시장구조에서 불가능한 거래조건을 설정하여 직접 거래 상대방의 이익을 착취함으로써 독점이익을 도모하는 것이고, 방해·배제남용은 시장지배적 사업자가 경쟁자를 방해나 배제함으로써 시장지배적 지위를 유지하여 종국적으로 독점이익을 도모하는 것으로 설명되고 있다.<sup>203)</sup>

그러나 착취남용과 방해·배제남용은 확연히 구분할 수 있는 것이 아니라 일정한 남용행위에는 이 2가지의 특징을 겸비할 수 있다. 예컨대, 끼워팔기의 경우, 고객은 원하지 않는 부상품을 구매하게 되고, 동시에 경쟁사업자의 이익은 또한 간접적으로 영향을 받을 것이다.<sup>204)</sup> 그리고 가

---

203) 万江, 「中國反壟斷法 理論、實踐与國際比較」, 中國法制出版社, 2015, 112면; 時建中, 앞의 책, 215면; 尙明, 「對企業濫用市場支配地位的反壟斷法規制」, 法律出版社, 2007, 162면; 戴龍, 앞의 책, 42면; 王先林, 「競爭法學(第二版)」, 中國人民大學出版社, 2015, 219면.

204) 尙明, 같은 책, 163면.

격 차별은 역시 착취남용에 해당할 수도 있고, 방해·배제남용에 해당할 수도 있다.<sup>205)</sup> 따라서 구체적인 행위가 착취남용인지 아니면 배제남용인지를 개별적으로 판단할 수밖에 없다. 그리고 경우에 따라서 경쟁제한성이 인정된다면, 굳이 착취인지 배제인지를 구분할 필요가 없다는 견해도 있다.<sup>206)</sup>

하지만, 착취남용인지 배제남용인지를 구분할 필요가 없다는 견해는 어디까지나 미리 어떤 행위를 착취남용이나 방해·배제남용의 틀에 귀속시킬 필요가 없다는 뜻으로 해석하여야 한다. 사후 규제할 때, 구체적인 행위가 착취행위인지 방해행위인지 아니면 두 가지 성격을 동시에 가졌는지를 판단할 수 있다. 착취남용에 대하여 방해·배제남용과 구별된 위법성 판단기준을 적용할 필요가 있다. 현재 중국에서 법령에 근거한 독점적 사업자가 거래상대방을 착취하는 현상이 만연해 있고, 개별 소비자가 대기업을 상대로 제기한 민사소송이 전체 시장지배적 지위 남용에 대한 민사소송에서 상당한 비중을 차지하고 있는 현실을 감안할 때, 착취남용의 위법성 판단기준을 밝힐 필요가 있다.

한편, 현재 중국학계에서 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계를 둘러싼 논란은 역시 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준이 제대로 정립되지 못한 현황과 연관되어 있다. 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준을 제대로 정립하여야 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 관계를 정리할 수 있을 것이다.

종합적으로 보면, 중국 시장지배적 지위 남용규제의 위법성 판단과 관련된 문제점이나 쟁점은 대체로 아래와 같은 세 가지로 귀납할 수 있다. 첫째, 관련시장의 확정, 시장지배적 지위의 인정 없이 경쟁제한효과로부터 위법성을 인정하는 접근방법의 허용, 둘째, 착취남용과 방해·배제남용을 구별 없이 모든 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 경쟁제한성에서 찾는 경향 및 경제제한효과를 판단함에 있어서 접근방법 일관성의 결

---

205) 時建中, 앞의 책, 215면.

206) 尙明, 앞의 책, 163면.

여, 셋째, 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계를 둘러싼 논란이다. 이어서 한국에서의 관련 논의와 규제 실행을 살펴보고 시사점을 도출하고 중국의 규제 현실과 접목하여 중국 시장지배적 지위 남용규제의 개선방안을 모색하고자 한다.



## 제4장 한국공정거래법상 남용규제의 시사점

### 제1절 관련시장 획정과 지배적 지위 인정의 필요성

#### I. 관련시장 획정과 지배적 지위 인정의 필요성

시장지배적 지위 남용을 규제하는 데 지배적 지위와 남용을 단계적으로 판단할 필요가 있다.<sup>207)</sup> 동일한 행위라도 행위자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부에 따라서 경쟁정책적 평가가 상이하게 나타날 수 있기 때문에, 당해 행위의 실시자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부를 먼저 검토하여야 할 것이다.<sup>208)</sup> 시장지배적 지위의 판단은 관련시장의 획정을 전제로 하기 때문에, 시장지배적 지위 남용규제에서 관련시장 획정은 선행하여야 할 것이다.<sup>209)</sup>

공정거래법상 “시장지배적 사업자”는 “일정한 거래 분야”의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장 지위를 가진 사업자로 정의되고 있다(공정거래법 제2조 제7호). “일정한 거래 분야”라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁 관계에 있거나 경쟁 관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다(공정거래법 제2조 제8호).

207) 홍명수, “시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단,” 「법학연구」, 제51권 제1호, 부산대 법학연구소, 2010, 19면.

208) 홍명수, 앞의 책(2008), 114면.

209) 홍명수, “시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 49면.

그리고 일정한 거래 분야에서 1 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상, 3 이하의 사업자 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상(시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외)에 해당하는 사업자(일정한 거래 분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원 미만인 사업자는 제외한다)는 시장지배적 사업자로 추정한다(공정거래법 제4조).

따라서, 행위자가 시장지배적 사업자에 해당하는지를 판단하기 위해서 관련시장의 획정이 필요하다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없을 것이다.<sup>210)</sup> 관련시장 획정의 필요성에 관하여 대법원은 역시 “특정 사업자가 시장지배적 지위에 있는지를 판단하기 위해서는 경쟁 관계가 문제될 수 있는 일정한 거래 분야에 관하여 거래의 객체인 관련상품에 따른 시장(“관련상품시장”)과 거래의 지리적 범위인 관련지역에 따른 시장(“관련지역시장”) 등을 구체적으로 정하고 그 시장에서 지배 가능성이 인정되어야 한다.”라고 명시한 바 있다.<sup>211)</sup>

또한, 가격상승이나 산출량 감소와 같은 경쟁제한효과가 인정된다고 하더라도 효과와 행위 사이의 인과관계를 증명할 필요가 있을 것이다.<sup>212)</sup> 시장지배적 지위가 존재하기 때문에 시장지배적 사업자의 일정한 행위가 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는 것이고, 실제로 경쟁제한효과가 발생했는지 여부는 시장지배적 사업자의 방해행위 이외에 다른 여러 측면에서 영향을 받을 수 있다. 예컨대, 시장지배적 사업자의 방해에도 불구하고 경쟁사업자가 자신의 노력으로 방해를 극복하면서 시장에서 간신히 일정한 시장점유율을 유지하는 정황을 상정할 수 있다. 경쟁제한효과의 발생 여부로부터 시장지배적 지위를 추론하거나 위법성을 판단한다면, 시장에서 경쟁제한효과가 없다는 이유로 시장지배적 사업자의 지위와 방해행위의 위법성을 부정하는 불합리가 발생할 것이다.

---

210) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 308면.

211) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

212) 참고: 한도윤, 앞의 논문(2018), 132-133면.

## II. 지위관련시장, 행위관련시장과 효과관련시장의 구분

시장지배적 지위 남용을 규정함에 있어서 관련시장의 확정은 크게 세 가지 차원에서 중요한 의미가 있다.<sup>213)</sup> 첫째, 행위자가 과연 ‘어떤 시장에서’ 지배적 지위에 있는지를 판단할 때, 관련시장을 확정할 필요가 있고, 둘째, 시장지배적 사업자가 ‘어떤 시장에서’ 남용의 소지가 있는 행위를 하였는지를 판단할 때, 관견시장을 보아야 하며, 끝으로 시장지배적 사업자의 특정 행위가 ‘어떤 시장에서’ 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있는지를 판단할 때, 역시 관련시장을 따져보아야 할 것이다.

시장지배적 지위가 존재하는 시장에서 남용행위가 이루어지고 그로 인한 효과가 발생한 경우에는 시장지배적 지위 인정 단계에서 획정한 관련시장을 기준으로 위법성 판단이 가능하지만, 시장지배적 지위가 존재하는 시장과 남용행위가 이루어진 시장 또는 그 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 시장이 동일하지 않으면 각각의 시장이 별도로 확정할 필요가 있다.<sup>214)</sup> 시장지배적 사업자의 일정한 행위는 경쟁질서에 미치는 영향이 심대하므로, 그러한 영향이 나타날 수 있는 모든 시장에 대해서 시장지배적 지위 남용규제의 적용은 가능할 것이다.<sup>215)</sup>

대법원은 역시 “경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다고 할 것이다.”<sup>216)</sup>라고 명시한 바 있다.

지배적 지위가 소재한 시장과 행위가 발생한 시장의 관계에 관하여,

---

213) 이봉의, 앞의 논문(2017), 156-157면.

214) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 308-309면; 홍명수, 앞의 책(2013), 121면.

215) 이봉의, “포스코 판결과 방해남용의 향방”, 「경쟁저널」, 제140호, 한국공정경쟁연합회, 2008, 13면.

216) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

티브로드 강서방송 채널변경사건에서 공정거래위원회는 지위 관련시장과 행위 관련시장을 구별하지 않고 SO의 행위가 위법성을 갖는지 여부만을 검토하였지만, 서울고등법원은 프로그램 송출시장을 지위 관련시장으로 확정하고, 당해 지위 관련시장과 행위 관련시장인 프로그램 송출 서비스 시장을 구별하여 두 시장의 관련성을 토대로 ‘시장지배력 전이’ 이론을 원용하였다.<sup>217)</sup> 대법원은 공정거래위원회나 서울고등법원의 접근방법과 달리 행위 관련시장에서 시장지배적 지위가 있어야 된다는 입장을 밝혔다.<sup>218)</sup> 즉, “이 사건 채널변경행위가 이루어진 이 사건 관련 시장에서 원고가 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 볼 수는 없다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원고가 이 사건 관련 시장에서 시장지배적 사업자의 지위에 있다고 판단한 원심판결에는 법 제3조의2 제1항 제3호에 규정된 시장지배적 사업자의 지위 남용행위 성립요건에 관한 법리 등을 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”<sup>219)</sup>

한편, 시장지배적 지위 남용행위의 경쟁제한효과가 경쟁제한의 우려를 포함하는 것으로 이해하는 경우에는, 효과관련시장은 미래지향적으로 판단할 필요가 있지만, 지위 관련시장은 행위 당시를 기준으로 과거지향적으로 판단할 필요가 있다.<sup>220)</sup> 이러한 견해는 특히 양면시장이나 다면적 플랫폼 특성을 갖는 산업에서 관련시장의 확정에 중요한 시사점을 줄 수 있을 것이다.

### III. 경쟁제한효과로부터 관련시장을 추론할 수 있는지

경쟁제한효과로부터 관련시장을 추론할 수 있는지 여부에 관하여, 비엠더블유(BMW) 유통판매자의 담합사건에서 대법원이 중요한 판시를 내

217) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 323면.

218) 이봉의, 앞의 논문(2017), 157면; 홍대식·정성무, 앞의 논문, 324면.

219) 대법원 2008.12.11. 선고 2007두25183 판결.

220) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 315-316면.

린 바 있다. 이 사건에서 비엠더블유(BMW) 자동차 판매 및 정비서비스업을 영위하는 사업자들이 가격할인 한도 및 판매조건 제한을 합의한 행위가 문제되었다.

“원심은, 관련시장의 획정은 공정거래법상 관련시장의 획정을 필요로 하는 당해 행위가 무엇인지에 따라 달리 취급되어야 한다는 전제 아래, 이 사건 공동행위의 관련시장을 획정함에 있어서는 다른 무엇보다도 공동행위의 대상 및 사업자의 의도, 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야, 공동행위의 수단과 방법, 그 영향 내지 파급효과 등 이 사건 공동행위 자체에 존재하는 특성들을 고려해야 할 필요가 있다고 판단하였다. 그에 따라 원심은, ① 공동행위의 대상 및 사업자의 의도 면에서, 원고들은 비엠더블유자동차 딜러들로서 그들 사이에서 자신들 몫으로 주어지는 판매마진을 극대화하기 위한 목적으로 비엠더블유자동차의 가격할인 한도 및 판매조건에 대한 제한을 직접적인 담합의 대상 및 내용으로 삼은 점, ② 공동행위가 이루어진 영역 또는 분야 면에서, 이 사건 공동행위가 원고들 간의 브랜드 내(intra-brand) 경쟁을 넘어서 다른 수입자동차와의 브랜드 간(inter-brand) 경쟁에까지 영향을 미치기는 어렵다고 보이는 점, ③ 공동행위의 수단 및 방법 면에서, 이 사건 공동행위는 최종 소비자가 가격에 대한 직접적인 통제가 아니라 원고들이 취득할 수 있는 판매마진의 범위 내에서 판매마진을 조절하는 매우 제한적인 방법으로 이루어질 수밖에 없는 점, ④ 공동행위의 영향 내지 파급효과 면에서, 이 사건 공동행위로 인하여 원고들 간의 브랜드 내(intra-brand) 경쟁, 특히 가격경쟁이 즉각적으로 영향을 받게 되는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 공동행위의 관련시장은 국내에서 판매되는 비엠더블유자동차의 모든 신차종의 판매시장이라고 봄이 상당하다고 판단하였다.”<sup>221)</sup>

그러나 대법원은 “이 사건 공동행위의 관련시장을 획정함에 있어서 원심이 고려해야 한다고 들고 있는 것들은 주로 관련시장 획정 그 자체를 위한 고려요소라기보다 관련시장 획정을 전제로 한 부당한 공동행위의

---

221) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2010두18703 판결.

경쟁제한성을 평가하는 요소들에 해당하므로, 만약 원심과 같은 방식으로 관련시장을 획정하게 되면 관련시장을 획정한 다음 경쟁제한성을 평가하는 것이 아니라 거꾸로 경쟁제한효과가 미치는 범위를 관련시장으로 보게 되는 결과가 되어 부당하다.”<sup>222)</sup>라고 판시하였다.

위 판례를 보면 알 수 있듯이 경쟁제한효과가 발생한 범위를 기준으로 관련시장을 획정한다면 그러한 관련시장에서 경쟁제한성이 당연히 인정된다는 불합리가 발생할 수 있다.<sup>223)</sup> 이 사건은 비록 부당한 공동행위에 관한 사건이지만, 시장지배적 지위 남용사건에도 마찬가지로 경쟁제한효과가 발생한 범위로 효과가 발생하는 관련시장을 획정한다면, 언제나 관련시장에서 경쟁제한효과가 발생한 것으로 인정할 수 있게 될 것이다. 따라서 관련시장을 먼저 획정하지 않고 경쟁제한효과로부터 관련시장을 추단하는 접근방법은 바람직하지 않을 것이다.

---

222) 같은 판결.

223) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 330면.

## 제2절 남용행위의 위법성 판단기준

### I. 착취남용과 방해·배제남용의 구별

시장지배적 지위 남용행위는 매우 다양한 모습을 띠고 있어서 이를 무엇으로 기준으로 어떻게 분류하느냐에 따라 다양한 분류가 가능하다. 강학상 보통 남용을 크게 착취남용(Exploitative Abuse)과 방해·배제남용(Exclusionary Abuse) 2가지로 구별한다. 착취남용은 시장지배적 사업자가 자기가 보유하고 있는 지위를 이용하여 유효경쟁이 이루어지고 있는 시장에서라면 유지되기 어려운 가격이나 거래조건을 설정함으로써 소비자를 포함한 거래상대방의 정당한 이익을 침해하는 행위를 말하며, 방해·배제남용은 시장지배적 사업자가 다른 사업자의 사업 활동을 방해하거나 현실적·잠재적 경쟁사업자를 시장에서 봉쇄 또는 배제함으로써 시장지배적 지위를 유지·강화하는 행위를 말한다.<sup>224)</sup> 착취남용을 판단할 때, 고려하는 중점은 남용 주체의 이득과 거래상대방의 후생 감소에 있는 반면에, 방해·배제남용을 판단할 때, 고려하는 중점은 남용 주체와 경쟁사업자의 관계에 있다.<sup>225)</sup> 따라서 ‘경쟁제한성’이라는 기준으로 착취남용행위의 위법성을 판단하는 것은 적절하지 않을 것이다.<sup>226)</sup>

한국 학계나 실무에서는 공정거래법상 부당한 가격 결정(제3조의2 제1호), 부당한 출고조절(제3조의2 제2호) 및 소비자 이익의 현저한 저해(제3조의2 제5호 후단)를 착취남용으로 분류하고, 부당한 사업활동 방해(제3

224) 홍명수, 앞의 책(2008), 116면; 홍명수, 「경제법론 II」, 경인문화사, 2010, 24면; 이봉의, “독과점시장과 착취남용의 규제 - 독점규제법 제3조의 제1항 1호를 중심으로”, 「경쟁법연구」, 제22권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010, 123면; 권오승, 「경제법(제12판)」, 법문사, 2015, 159면; 권오승 외 7인, 「독점규제법(제4판)」, 법문사, 2015, 42-43면(이봉의 집필 부분); 신현운, 「경제법(제5전정판)」, 2012, 법문사, 153면.

225) 권오승·이원우, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사, 2007, 74면.

226) 임영철, 「공정거래법-해설과 논점-(개정판)」, 법문사, 2008, 42면; 양명조, 「경제법[이론·판례·사례]」, 신조사, 2013, 165면.

조의2 제3호), 신규진입 방해(제3조의2 제4호) 및 경쟁사업자 배제(제3조의2 제5호 전단)를 방해·배제남용으로 분류하는 경향이 있다.<sup>227)</sup>

착취남용행위 중 경쟁가격(competitive price)보다 현저히 높은 수준으로 가격을 결정·유지 또는 변경하는 행위, 즉 착취가격의 설정은 착취남용의 가장 전형적인 유형이다.<sup>228)</sup> 그러나 시장경제의 핵심원리인 가격을 직접 규제하는 점에서 착취남용규제의 정당성이나 필요성에 대한 질의도 있다. 독점가격에 대한 경쟁당국의 개입을 원칙적으로 지양하여야 한다고 주장하는 입장에서, 독점기업의 독점이윤 추구행위는 시장의 경쟁상태와 직접적인 관련성이 없으므로 경쟁법 차원의 규제 필요성이 크지 않고, 심각한 진입장벽만 없으면 독점가격은 신규진입을 유인하여 가격은 다시 경쟁수준으로 돌아갈 수 있고, 가격남용행위를 판단하기 위해서는 비용분석 등 높은 인적·물적·시간적 비용이 소요됨으로 경쟁당국의 사건 처리 부담을 가중할 우려가 있다.<sup>229)</sup>

위와 같은 논리에 따르면, 심각한 진입장벽이 존재하고 독과점적 시장구조가 장기간 고착된 시장에서 시장의 자기교정기능이 기대될 수 없는 상황에서 경쟁당국의 개입이 정당성을 가지게 될 것이다. 특히, 자연독점 산업에서 요금인가 등 특별법에 따른 사전규제가 없거나 제대로 작동하고 있지 않는 경우에는 착취남용에 대한 경쟁당국의 규제가 여전히 보충적으로 적용될 필요가 있을 것이다.<sup>230)</sup>

그리고 시장지배적 사업자가 경쟁사업자를 배제하는 행위도 궁극적으로는 착취적인 목적과 관련되는 것이기 때문에, 착취남용을 남용 개념에서 전적으로 배제하는 것도 타당하지 않을 것이다.<sup>231)</sup> 또한, 착취가격의

---

227) 임영철, 앞의 책, 38면; 조성국, "시장지배적 지위 남용행위에 대한 위법성 판단기준에 관한 연구 - 최근 대법원 판결을 중심으로 -", 「경쟁법연구」, 제19권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2009, 390면; 신현윤, 앞의 책, 153면; 이기수·유진희, 「경제법(제9판)」, 세창출판사, 2012, 64면; 이호영, 「독점규제법(제4판)」, 홍문사, 2013, 48면; 신동권, 「독점규제법(제2판)」, 박영사, 2016, 135면.

228) 이봉의, 앞의 논문(2010), 124면.

229) 임영철, 앞의 책, 46면.

230) 이봉의, 앞의 논문(2010), 125면.

231) 홍명수, 앞의 논문(2016), 54면.



책정이나 출고량의 부당한 조절에 대한 규제는 시장지배적 사업자의 독점적 이익을 과도한 실현행위로부터 거래상대방의 이익을 보호하는 것이지만, 궁극적으로 독과점이윤을 통한 지배력의 강화를 억제할 효과가 있어서 경쟁과 전혀 무관한 것도 아니다.<sup>232)</sup> 다만, 가격이 과도하게 높은지, 그것이 부당한지에 대한 판단이 매우 어렵기 때문에, 그 효과가 명백하고 현저한 경우에만 이를 규제하여야 할 것이다.<sup>233)</sup>

나아가 착취가격 이외에 품질의 저하, 다양성의 감소, 혁신의 감소, 선택권 등과 같은 비경제적 이익까지 시장지배적 지위 남용규제의 직접 보호 이익의 범위에 포섭시키는지에 관하여, 대립적인 견해가 있다.

우선, 공정거래법 제3조의2 제3호, 제4호 제5호 전단에는 이미 부당한 경쟁제한행위를 금지하고 있고, 제1호, 제2호의 착취행위와 별도로 제5호 후단에서 부당하게 소비자 이익을 현저히 침해하는 행위를 금지하고 있는 점을 고려하면, 제5호에서 말하는 “소비자의 이익”은 가격 이외의 이익이며, 소비자 이익을 현저히 침해할 우려가 있는 행위는 제1호와 제2호로 포섭할 수 없는 소비자의 이익을 착취하는 행위로 이해하는 견해가 있다.<sup>234)</sup> 따라서 소비자 이익을 저해하는 행위는 여러 가지 행태를 띌 수 있고, 착취가격 이외에 품질의 저하, 다양성의 감소, 혁신의 감소, 선택권의 침해 등을 비롯한 비경제적 이익의 침해행위도 포함할 수 있다.<sup>235)</sup>

반면, 착취남용규제의 범위는 지나치게 확대되면, 시장지배적 지위 남용규제는 사실상 소비자 보호 규범의 성질을 가지게 되고, 착취남용의

232) 이봉의, “공정거래법상 방해남용의 위법성 판단기준 - 거래거절을 중심으로”, 「법조」, 제52권 제10호, 법조협회, 2003a, 124면.

233) 이봉의, 앞의 논문(2010), 126면.

234) 이봉의·전중익, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단 - 명확성의 원칙을 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」, 제49권, 제3호, 통권 148호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 264-265면.

235) 이봉의·전중익, 앞의 논문, 264면; 황태희, “소비자 이익 저해행위의 부당성 판단 기준”, 「공정거래법 판례선집」, 기업법연구회 편, 사법발전재단, 2011, 75면; 양대권, “부당한 소비자이익의 현저한 저해행위’에 관한 고찰”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 108-109면.

성립요건과 다른 남용행위의 엄격한 요건과 균형을 잃게 된다는 우려도 있다.<sup>236)</sup> 따라서, 비경제적 이익의 침해행위도 착취남용으로 규제할 수 있다고 보는 입장에서도 착취효과의 입증 곤란을 고려하여 소비자 이익의 침해 효과가 특히 명백하고 현저한 경우에 한하여 금지조항을 적용할 수 있다고 주장하고 있다.<sup>237)</sup>

한편, 현행 공정거래법상 나열하고 있는 남용행위는 전적으로 착취남용과 방해·배제남용의 구별에 따라서 분류된 것이 아니다.<sup>238)</sup> 예컨대, 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 “다른 사업자의 사업 활동을 부당하게 방해하는 행위”는 일반적으로 방해·배제남용으로 분류되지만, 이 규정을 구체화한 법 시행령 제5조 제3항 제4호의 기타 사업 활동 방해의 유형 중에서 “부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위”도 포함되어 있는데, 거래상대방에게 불이익의 강제행위에 대하여 경쟁사업자를 배제하여 시장지배적 사업자 자신의 지배적 지위를 형성·유지·강화하려는 방해·배제남용 법리를 적용하는 것은 적절하지 않을 것이다.<sup>239)</sup> 거래상대방에게 불이익을 준다면 오히려 경쟁사업자에게 이로울 수 있고, 이러한 행위가 경쟁을 제한하는 행위보다 거래상대방을 착취하는 행위에 해당할 가능성이 더 클 것이다.<sup>240)</sup>

규제 실무를 보면, 티브로드 강서방송 채널변경 사건에서, 티브로드 강서방송은 우리홈쇼핑과 프로그램 송출계약을 체결하고 거래하던 중 인근 종합유선방송사업자와 방송시설(Head-End)통합을 실시함에 따라 방송사업자별로 각각 다르게 송출하여 오던 TV 홈쇼핑사업자의 채널을 통일적으로 조정하여야 하는 상황이 발생하였고, 티브로드 강서방송은 채널변경을 위한 협상 과정에서 우리홈쇼핑에 송출수수료 인상을 요구하였으

---

236) 정재훈, 「공정거래법 소송실무」, 육법사, 2015, 508면.

237) 이봉익·전종익, 앞의 논문, 265면.

238) 권오승·서정, 앞의 책, 143면.

239) 권오승·서정, 같은 책, 143면; 조성국, 앞의 논문(2009), 394면; 강상욱, “시장지배적 지위 남용행위로서의 불이익 강제행위에 관한 소고”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 96-97면.

240) 권오승·서정, 앞의 책, 143-144면.

나, 우리홈쇼핑이 이에 응하지 아니하자 티브로드 강서방송은 일방적으로 우리홈쇼핑의 채널을 비선호 채널로 변경한 행위가 문제되었다. 공정거래위원회는 티브로드 강서방송의 행위는 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 행위를 강요한 부당한 사업 활동 방해행위로 보아 시정조치를 내렸다.<sup>241)</sup> 서울고법은 공정거래위원회의 판단을 인용하였다.<sup>242)</sup>

반대로 대법원은 이 사건 채널변경행위 때문에 우리홈쇼핑이 구체적인 불이익을 입게 되었지만, 당해 행위로 인하여 현실적으로 경쟁제한의 결과가 나타났다고 인정할 만한 사정에 이르지 못하였을 뿐만 아니라 여러 사정을 종합적으로 보더라도, 티브로드 강서방송이 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한효과가 생길 만한 우려가 있는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.<sup>243)</sup>

그리고 네이버 선광고 제한 사건에서, 네이버가 동영상 콘텐츠 공급업체와 색인 데이터베이스 제공 계약을 체결하면서 자기와 사전 협의 없이 선광고를 게재할 수 없다는 거래조건을 설정하였다. 대법원은 설령 네이버가 시장지배적 사업자에 해당한다고 하더라도, 네이버 자체 제공하던 동영상 콘텐츠에도 선광고를 게재하지 않아 차별이 없었던 점, 선광고를 무조건 금지하는 것이 아니라 사전 협의만 요구하였던 점, 동영상 콘텐츠 공급업체로서도 선광고가 자신에게 불이익하다면 다른 인터넷 포털 사업자를 선택할 수 있고, 이러한 불이익을 감수하더라도 이용자의 편익을 고려한 동영상 콘텐츠를 제공함으로써 이용자 유입을 늘려 광고수익을 증대시키는 방안도 선택 가능한 정책으로 보이는 점 등을 고려하여 네이버가 시장에서의 독점을 유지·강화하는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 불이익 강제행위를 했다고 보기 어렵다고 판시하였다.<sup>244)</sup>

전술한 이론과 규제 실무를 종합적으로 보면 알 수 있듯이 착취남용과

---

241) 공정거래위원회 전원회의 의결, 제2007-153호, 2007.3.28.

242) 서울고법 2007. 11. 8. 선고 2007누10541 판결.

243) 대법원 2008.12.11. 선고 2007두25183 판결.

244) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결.

방해·배제남용을 구별하는 실익은 위법성 판단기준의 차이에 있다.<sup>245)</sup> 시장지배적 사업자가 거래상대방을 직접 착취하는 행위는 경쟁사업자에게 유리하고, 시장진입의 인센티브를 조장할 효과가 있을 것이다. 결국, 착취남용행위가 있는 경우 오히려 독점은 약화될 가능성이 있다.<sup>246)</sup> 따라서 착취남용은 일반적으로 자연독점이나 정책적 독점과 같은 독과점이 고착된 시장에서 발생할 것이고, 착취남용의 위법성 판단기준은 방해·배제남용의 위법성 판단기준과 달리 파악할 수밖에 없을 것이다.

## II. 규제 실무로 보는 착취남용의 위법성 판단기준

### 1. 부당한 가격 결정 행위

공정거래법 제3조의2(시장지배적 지위의 남용금지) 제1항 제1호에서 규정하고 있는 가격의 부당한 결정·유지 또는 변경은 정당한 이유 없이 상품의 가격이나 용역의 대가를 수급의 변동이나 공급에 필요한 비용(동종 또는 유사업종의 통상적인 수준의 것에 한한다)의 변동에 비하여 현저하게 상승시키거나 근소하게 하락시키는 경우를 말한다(시행령 제5조 제1항). 지금까지 공정거래위원회는 제과 3사의 용량 감량 행위와 현대자동차의 트럭과 버스 가격 인상 행위에 대하여 시정명령을 내린 바 있다. 그런데 부당한 가격 결정행위의 위법성 판단을 다룬 대법원 판례가 아직 없는 것으로 보인다.<sup>247)</sup>

245) 권오승·서정, 앞의 책, 143면.

246) 이민호·주현영, 앞의 논문, 106면.

247) 공정거래위원회가 신용카드회사들의 이자율과 수수료를 부당하게 유지·인상하는 행위에 대하여 시정명령을 내린 바 있는데, 시장지배적 지위 인정의 오류로 시정명령이 취소되었다. 이 사건에서 대법원은 시장지배적 지위만 다루었고, 가격 결정행위의 부당성 판단기준을 언급하지 않았다(대법원 2005. 12. 9 선고 2003두6283판결).

### (1) 제과 3사의 용량 감량 사건

제과 3사의 용량 감량 사건에서, 공정거래위원회는 용량의 감량분만큼 가격의 인상효과가 발생한다는 이유로 감량률을 가격 인상률로 보고, 제과 3사가 관련 비스킷류 제품의 비용변동률보다 가격 인상률을 0.8%에서 12.4% 정도로 더 인상하였다는 사실을 인정하고, ① 관련 각 제품의 가격 인상률이 원가상승요인보다 더 많이 인상된 점 및 ② 제품별 변동 전 용량의 제품 판매 기간에의 도매물가 상승률 등을 고려하여 당해 용량 감량행위가 시장지배적 지위를 남용하여 가격을 인상한 행위에 해당한 것으로 판단하였다.<sup>248)</sup>

### (2) 현대자동차의 트럭과 버스 가격 인상 사건

현대자동차의 트럭과 버스 가격 인상 사건에서, 공정거래위원회는 ① 현대자동차가 기아의 주식을 인수하는 계약을 체결한 이후 시장지배력이 강화되는데, 다른 사업자와 경쟁이 되는 승용차 부문의 가격을 인상하지 않고 다른 사업자와 경쟁이 되지 않는 트럭 버스 부문을 중심으로 가격을 인상한 점, ② 경쟁시장이라고 할 수 있는 수출시장에서는 가격인상이 거의 없거나 하락하였음에도 불구하고, 독과점시장이라고 할 수 있는 국내시장에서 가격을 과도하게(200천원~1,000천원) 인상한 점, ③ 경쟁시장이었던 신형 모델 출시 시점과 독과점시장으로 전환된 이번 가격인상 시점 간의 가격변동 폭이 비용변동 폭보다 높은 점, ④ 과거에는 모델변경 등 비용인상 요인이 있을 경우 가격을 인상하였으나, 이번에는 모델

---

248) 공정거래위원회 1992. 1. 15. 의결 제92-1호, 제92-2호, 제92-3호.

변경 등 특별한 가격인상 요인이 없음에도 가격을 인상한 점, ⑤ 신형 모델이 출시된 시점부터 이번 가격인상 시점까지의 생산물가지수와 비교하여 본 결과 가격 인상률이 높은 점 등을 고려하여 현대자동차의 행위가 부당하게 가격을 인상한 행위에 해당한다고 판단하였다.<sup>249)</sup>

## 2. 부당한 출고조절 행위

### (1) 남양유업 조제분유 출고량 조절 사건

남양유업 조제분유 출고량 조절 사건에서, 공정거래위원회는 남양유업이 수도권 지역에 조제분유 품귀현상이 발생하였던 1997. 12. 26.부터 31일까지의 기간에, ① 수색창고의 조제분유 출고량을 전년 같은 기간 대비 14.8%, 1997. 12. 1.부터 12월 25일까지 사이의 5일 단위 평균 출고량의 15.4%로 감소시킨 반면에, ② 수색창고의 조제분유 재고량을 전년 같은 기간 대비 34.6% 증가시켰고, ③ 서울지역 4개 지점에서는 남양유업의 대표적인 조제분유 상품인 ‘아기사랑’의 판매를 중단하거나 극소량만을 판매하였다는 사실을 인정하였다. 공정거래위원회는 이러한 행위가, ‘시장지배적 지위 남용행위의 유형 및 기준(공정거래위원회 고시 제 1997-12호)’ III. 2. 나. (1) 정당한 이유 없이 당해 품목의 생산량 또는 판매량을 최근의 추세에 비추어 현저히 감소시키는 행위, (2) 정당한 이유 없이 당해 품목의 재고량을 최근의 추세에 비추어 현저히 증가시키는 행위(이 경우 직영대리점이나 판매회사의 재고량은 당해 시장지배적 사업자의 재고량으로 본다), (3) 정당한 이유 없이 성수기에 유통단계에서 품귀현상이 있음에도 불구하고 당해 품목의 국내 판매량을 유지 또는 감축하는 행위에 해당하므로, 공정거래법 제3조의2 제1항 제2호에서 규정

---

249) 공정거래위원회 1999. 9. 3. 의결 제99-130호.

하는 시장지배적 지위 남용 행위(부당한 출고조절 행위)에 해당한다고 판단하였다.<sup>250)</sup>

대법원은, ① 남양유업의 경우 거래처의 대금결제가 다음 달 말일에 행하여지는 관계로 항상 월말의 출고량이 월초나 월중보다 현저하게 소량인 점을 알 수 있으므로, 이 사건의 출고량 조절 기간은 남양유업의 출고량 감소 및 그로 인한 재고량 증가가 최근의 추세에 비추어 현저한지 여부를 판단할 수 있는 ‘상당한 기간’이라고 볼 수 없는 점, ② 최근의 추세에 비추어 재고량이 현저히 증가하였는지 여부는 수색창고의 재고량만을 기준으로 하여서는 아니 되는 점, ③ 조제분유의 품귀현상이 발생하고 있었다면, 판매량 감축의 현저성이 요구되지 않지만, 이 사건 출고량 조절 기간에 수도권 지역에 조제분유 품귀현상이 발생하였음을 인정할 자료가 없는 점을 고려하여 남양유업의 행위가 앞서 공정거래위원회 고시의 (1)호, (2)호, (3)호 행위에 해당할 수 없다고 판시하였다.<sup>251)</sup>

## (2) 대두유제품 출고량 조절 사건

1997년 말 발생한 외환위기 사태 등으로 인하여 대두의 수급 전망이 불투명하게 되었는데, 신동방과 제일제당은 각각 9일, 13일 동안 평소보다 대두유제품의 출고량을 줄인 바 있다. 공정거래위원회는 2 사업자의 행위가 모두 부당한 출고량 조절행위에 해당한다고 하여 시정명령을 내렸는데, 2 사업자는 이에 불복하여 각각 소송을 제기하였고, 최종적으로 대법원은 신동방의 행위가 부당한 출고조절행위에 해당하고, 제일제당의 행위가 부당한 출고조절행위에 해당한다고 볼 수 없다고 하여 2 사건에 대하여 결론이 상반된 판결을 내렸다. 이렇게 상반된 판결 결과는 2 사건에서 출고량 조절의 정도, 행위 당시 행위자의 대두 보유량, 행위 후

250) 공정거래위원회 의결 제98-112호(1998.6.9.)

251) 대법원 2001. 12. 24. 선고 99두11141 판결.

이익률 변화의 차이에서 비롯된 것으로 보인다.

신동방 사건에서, ① 신동방의 대두유는 출고조절 기간이었던 1997년 12월 8일부터 2차 가격 인상 직전의 같은 해 12월 16일까지의 기간 중 일일 평균판매량이 87.7톤으로서 출고제한 지시가 없었던 1997년 11월 대비 27.8%, 직전 기준기간 대비 27.8%, 직후 기준기간 대비 16.1% 정도로 감소하였고, 일일 평균 재고량은 1997년 11월 말 재고량 대비 413.5%, 직전 기준기간 기말재고량 대비 191.8% 수준으로 증가하였다. ② 당시 신동방이 보유하고 있던 대두 재고량은 1997년 12월 말 기준 71,905톤으로서 1996년도의 26,016톤 및 1997년 1월부터 같은 해 11월까지의 기간 중 월평균 재고량 59,886톤보다 많은 것이었고, 재고량이 부족하지 않은 상태이었다. ③ 게다가 신동방의 출고조절기간이 출고가 인상 전후한 시점과 맞물려 있는 점, 출고조절기간 이후인 1998년 1월의 경상이익률이 358.2%가량 증가한 점<sup>252)</sup>에 비추어 보면, 이 사건 판매조절 행위가 가격 인상에 대비하여 이득을 얻을 목적으로 행해진 부당한 판매조절행위였다고 볼 수 있다.<sup>253)</sup>

반면, 제일제당 사건에서, ① 출고조절 기간인 1997년 12월 8일부터 12월 20일까지 제일제당 대두유의 1일 평균 출고량은 250kl이었는데, 1997년 11월의 1일 평균 출고량이 287kl이고, 1997년 12월의 1일 평균 출고량이 278kl이었다. 따라서 제일제당은 출고량을 다소 조절하였지만, 출고량 조절 정도가 현저하지 않았던 것이었다. ② 그리고 1997년 12월 제일제당은 약 1달간의 대두유 생산량에 상응하는 3만톤 정도의 대두만을 보유하고 있었고, 당시의 가수요에 따라 대두유를 공급하고 나면 재고가 거의 소진될 형편이어서, 다음 해 1월의 설 명절을 전후한 기간에 엄청난 공급부족 파동에 직면할 우려가 있었다. ③ 게다가 1997년 12월에 제일제당은 대두유 매출과 관련하여 적자를 보았고, 다음 1월에는 소폭의

---

252) 경상이익률이 대폭 증가한 점이 부당성을 인정하는 데 큰 영향을 미친 것으로 보는 견해가 있다. 이호영, 앞의 책, 65면.

253) 서울고등법원 1999. 10. 6 선고 99누3524 판결; 대법원 2000. 2. 5. 선고 99두10964 판결.



흑자를 보았으나 이와 같은 흑자는 제일제당의 출고조절행위에 기인한 것이 아니라, 설 명절 수요증가에 의한 매출액의 증대와 환율 상승에 따른 대두유의 가격인상에 기인한 것이었다. 따라서 제일제당이 가격인상 효과를 극대화하거나 가격인상 후의 대량 출고를 목적으로 출고를 조절하였다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 제일제당이 출고조절기간에 대두유의 출고를 다소 감소시키는 행위가 부당한 출고조절행위에 해당한다고 볼 수 없다.<sup>254)</sup>

### 3. 소비자 이익의 현저한 저해행위

#### (1) 채널편성 변경 사건

채널편성 변경 사건에서, 방송사업자가 보급형 묶음 상품에 포함되어 있던 시청점유율이 높은 몇 개 채널을 고급형 상품으로 변경하고, 그 대신 시청점유율이 낮은 몇 개 채널을 보급형 상품에 신규로 편성한 행위가 문제되었다.

서울고등법원은 ① 소비자의 입장에서는 깨끗한 화질의 지상파 방송 수신을 종합유선방송의 매우 중요한 장점으로 인식하고 있는데, 소비자들은 이 사건 채널편성 변경 이후에도 보급형 상품에서 지상파 방송을 계속 시청할 수 있으며, 지상파 방송, 홈쇼핑 채널을 포함할 경우 이 사건 문제가 된 행위로 인하여 발생한 시청점유율 감소는 4.9%~9.97%에 불과한 점, ② 이 사건 채널편성 변경 이후에도 많은 시청점유율 상위 채널들이 보급형 상품에 그대로 남아 있는 점, ③ 채널편성 변경행위로 인하여 신규 채널사용사업자는 보급형 상품으로 진입할 수 있게 되므로

---

254) 대법원 2002. 5. 24. 선고 2000두9991 판결.

방송 콘텐츠 사업에 대한 투자를 증진하는 효과가 있어 채널사용사업자 사이의 경쟁을 촉진하는 효과도 기대할 수 있는 점, ④ 새로이 보급형으로 편성된 채널은 시청자에게 처음 노출되거나 노출이 덜된 상태이므로, 시청자들이 새로 편성된 채널에 점차 익숙해지면 그 시청률이 상승할 수 있는 점, ⑤ 이 사건 문제가 된 행위 발생한 직후 보급형 상품 가입자 중 고급형 상품으로 전환하는 숫자가 다소 늘어났지만, 전체 가입자 수와 비교하면 전환 비율(0.07%~0.69%) 자체가 극히 미미한 점, ⑥ 행위자가 제정한 종합유선방송 표준약관에서 6개월 이상 지나면 채널상품의 편성이 가능하다는 조항이 명시되어 있으므로 소비자들로서도 그 기간 자신이 선호하는 채널이 다른 묶음 상품으로 전환되지 않을 것이라 기대할 수 있는 점을 종합적으로 고려하여 소비자 이익 침해의 현저성을 부정하였다.<sup>255)</sup>

대법원은, 우선, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(“공정거래법”) 제3조의2 제1항 제5호 후단은 ‘부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’를 시장지배적 사업자의 지위 남용행위의 한 유형으로 규정하고 있는바, 그 요건으로서는 ① 시장지배적 사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위의 존재, ② 소비자 이익 침해 정도의 현저성 및 ③ 그 행위의 부당성이 증명되어야 하고, 그러한 요건에 대한 입증책임은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 쪽에 있다는 법리를 제시하였다.<sup>256)</sup>

“이때, 소비자의 이익을 ‘현저히’ 저해할 우려가 있는지는 당해 상품이나 용역의 특성, 이익이 저해되는 소비자의 범위, 유사시장에 있는 다른 사업자의 거래조건, 거래조건 등의 변경을 전후한 시장지배적 사업자의 비용변동 정도, 당해 상품 또는 용역의 가격 등과 경제적 가치와의 차이 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.”<sup>257)</sup>

255) 서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2007누23547 판결.

256) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결

257) 같은 판결.

결국, 대법원은 원심이 이 사건 채널편성 변경에 의한 거래조건을 유사시장에서의 다른 사업자의 거래조건과 비교하지 아니한 채 단순히 그 정도가 현저하지 않다고 판단한 것은 적절하지 않으나, 이를 인정할 자료가 없는 이상 이 사건 행위로 인하여 초래한 소비자 이익 저해의 현저성이 인정되지 않는다고 본 원심의 결론에는 오류가 없다고 판시하였다.

## (2) 저가 단체계약 시청서비스 폐지 사건

저가 단체계약 시청서비스 폐지 사건에서, 원심은 이러한 행위로 인하여 기존의 단체계약 상품 가입자 중 개별계약으로 전환한 세대 가운데 종전 단체계약과 같은 상품의 수신료가 2.1~9.2배 증가하고, 이 사건 행위로 인하여 기존의 단체계약 상품 가입자 중 절반가량이 개별계약을 체결하지 못하고 유료방송 시청을 중단하게 된다는 이유로 소비자 이익 저해의 현저성을 인정하였다.<sup>258)</sup>

그러나 대법원의 판시에 의하면, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제3조의2 제1항 제5호 후단이 규정하고 있는 ‘부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’의 요건 중 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위의 ‘부당성’은 시장지배적 사업자의 지위 남용행위의 규제목적이 단순히 그 행위의 상대방인 개별 소비자의 이익을 직접 보호하고자 하는 데 있는 것이 아니라, 독과점시장에서 경쟁 촉진과 아울러 시장지배적 사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호하고자 하는 데 있음을 고려할 때, 시장지배적 사업자의 행위의 의도나 목적이 독점적 이익의 과도한 실현에 있다고 볼 만한 사정이 있는지, 상품의 특성·행위의 성격·행위기간·시장의 구조와 특성 등을 고려하여 그 행위가 이루어진 당해 시장에

---

258) 서울고등법원 2008. 12. 18. 선고 2007누29842 판결.

서 소비자 이익의 저해의 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있는지 등을 구체적으로 살펴 판단하여야 한다.”<sup>259)</sup>

“다만, 시장지배적 사업자의 소비자 이익을 저해할 우려가 있는 행위가 존재하고, 그로 인한 소비자 이익의 저해 정도가 현저하다면, 통상 시장지배적 사업자가 과도한 독점적 이익을 취하고자 하는 행위로서 부당하다고 볼 경우가 많다.”<sup>260)</sup> 이러한 판시는 착취행위의 경우 현저성의 입증을 통하여 부당성이 사실상 추정될 수 있다는 뜻으로 이해할 수 있다.<sup>261)</sup>

결국, 이 사건에서 대법원은 수신료 상승률이나 유료방송시청 중단의 정도는 단지 이 사건 행위 전후 소비자 이익 변화의 정도에 불과하여 유사시장에서의 거래조건과 비교한 내용이 아니므로 소비자 이익 저해의 현저성을 증명하는 지표가 될 수 없다고 판단하였다.

위 대법원의 판시에서 “개별 소비자의 이익을 직접 보호”하는 것이 아니라 “과도한 독점적 이익 실현행위”로부터 “경쟁시장”에서 누릴 수 있는 소비자의 이익을 보호한다는 부분은 중국에서 개별 소비자가 대기업을 상대로 제기한 민사소송에 시사한 바가 크다. 이러한 판시에 따르면, 착취남용을 판단함에 있어서는 시장지배적 사업자가 취득할 수 있는 이익은 “과도”한지, 혹은 소비자 이익에 대한 저해는 현저한지를 검토하여야 한다. 따라서 중국에서 개별 소비자가 대기업을 상대로 제기한 민사소송에서 소비자가 단지 자기의 개별적 피해를 입증하여서는 안 되고, 상당한 범위의 소비자가 피해를 받고 그 피해의 정도가 현저한 정도까지 입증할 필요가 있다. 입증의 방법으로서 “경쟁시장”에서의 거래조건과의 비교가 중요한 역할을 할 것이다.

---

259) 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결.

260) 같은 판결.

261) 이영대·최경규, “시장지배적지위 남용행위 중 소비자이익저해행위에 대한 규제 방안”, 「경쟁법연구」, 제27권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2013, 82면; 홍대식, “인터넷 플랫폼 시장에서의 경쟁법 적용을 위한 소비자 선택 기준”, 「경쟁법연구」, 제27권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2013, 278면.

위 저가 단체계약 시청서비스 폐지 사건은 중국의 동화 v. 통신사 사건과 대조할 수 있다. 동화 v. 통신사 사건에서 통신사가 선불폰 고객을 상대로 통신료 연체 시 이동전화번호의 유지 기간을 90일에서 60일까지 단축하는 행위가 문제되었는데, 저가 단체계약 시청서비스 폐지 사건에 대한 대법원의 판시에 비추어 보면, 이동전화번호 유지 기간의 단축행위는 일부 소비자 이익의 변화를 초래하였지만, 이러한 이익의 변화만으로 소비자 이익 침해의 현저성을 증명하기에 부족할 것이다. 소비자가 원고로서 이러한 행위의 위법성을 증명하려면 이익이 저해되는 소비자의 범위, 유사시장에 있는 다른 사업자의 거래조건, 거래조건 등의 변경을 전후한 시장지배적 사업자의 비용변동 정도 등을 증명할 필요가 있을 것이다.

### (3) 멜론 사건

멜론 사건에서, 에스케이이동통신이 자신의 MP3폰과 자신이 운영하는 온라인 음악사이트의 음악파일에 자체 개발한 DRM(Digital Rights Management)을 탑재하여 자신의 MP3폰을 사용하는 소비자로 하여금 위 음악사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 위 음악사이트에 회원으로 가입한 후에 별도의 변환 과정 등을 거치도록 한 행위가 문제되었다. 대법원은 “컨버팅 과정을 거치는 경우에도 이는 단지 불편할 뿐이지 현저한 침해가 된다고 보기는 어렵다고” 판단하였다.<sup>262)</sup>

이 사건에서 대법원은 에스케이이동통신의 행위를 소비자 선택의 저해에 관한 문제가 아니라 편의에 관한 문제로 취급하였다. 이것이 경쟁법의 영역에서 소비자 선택이라는 이익은 경쟁의 보호를 통하여 간접적으

---

262) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결.

로 보호되는 추상적, 일반적인 이익이지, 그 자체가 직접적인 보호 대상이 되는 구체적, 특정적인 이익이 아니라는 뜻을 시사하고 있다고 보는 견해가 있다.<sup>263)</sup> 따라서 소비자 선택의 저해는 경쟁제한성이 인정되는 전제로 이를 보완하거나 경쟁제한성에도 불구하고 소비자 후생을 증대하거나 효율성을 증대하는 효과가 있다는 항변을 평가하기 위한 근거로서만 작용할 수 있다.<sup>264)</sup>

그러나 멜론 사건에서 대법원은 “컨버팅”의 강요 행위로 인하여 초래한 소비자 이익 침해의 “현저성”을 부정하였지만, 이러한 판시는 과연 소비자 선택이라는 이익 자체가 언제나 “불편”에 불과하고, 소비자 선택이라는 이익은 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 후단 ‘부당하게 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위’ 중 ‘소비자의 이익’에 해당할 수 없다는 뜻으로 이해할 수 있는지는 재고할 여지가 있어 보인다.

#### 4. 소결

소비자 선택권 침해 “현저성”의 입증과 관련하여 중국최고인민법원의 오효진 v. 방송국 판결이 전형적인 예가 될 수 있다. 이 사건에서 기본 시청료와 유료 패키지의 묶음 판매행위는 무엇보다 법령에 근거한 독점사업자(시장점유율 100%)의 행위이며, 당해 행위는 사실상 소비자에게 선택지를 제공하지 않은 행위로서, 관련시장에서 모든 소비자의 선택권을 완전히 박탈하는 효과를 초래할 수 있다. 이러한 행위로 인하여 소비자는 구매 의사 유무와 상관없이 유료 패키지를 구매할 수밖에 없게 돼서 선택권 침해의 현저성이 인정될 수 있을 것이다.

한편, 치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 “양자택일”행위가 소비

---

263) 홍대식, 앞의 논문(2013), 278면.

264) 홍대식, 같은 논문(2013), 278면.

자에게 단순히 “불편”을 끼쳤지만, 소비자 이익의 현저한 저해를 초래하지 않았다고 판시한 바 있다. 그 이유는 메신저 시장과 백신 프로그램 시장에서 모두 충족한 대체품이 존재한다는 상황에서 비롯된 것이다. 치후 v. 텐센트 사건과 오효진 v. 방송국 사건의 서로 다른 판결 결과를 대조해보면, 소비자 선택권 저해의 현저성을 인정함에 있어서는 관련시장에서 경쟁이 존재하는지 여부가 중요한 역할을 한 것으로 보인다.

그리고 치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 메신저와 백신 소프트웨어의 패키지 설치행위의 강제성을 부정한 바 있는데, 그 이유는 소비자가 소프트웨어를 패키지로 설치한 다음에 원하지 않은 부상품을 손쉽게 제거할 수 있다는 점에서 비롯된 것이다. 이럴 때 소비자가 여전히 다른 백신 프로그램을 선택할 수 있기 때문에, 패키지 설치행위는 소비자의 선택권을 완전히 박탈할 효과를 초래할 우려가 있다고 보기 어려울 것이다.

결국, 관련시장에서 경쟁이 있는지, 소비자의 선택권이 완전히 박탈될 정도에 이르렀는지는 치후 v. 텐센트 사건과 오효진 v. 방송국 사건의 다른 판결 결과를 초래한 것으로 볼 수 있다. 따라서 중국의 법원은 규제 실무에서 착취남용이라는 용어를 사용한 바 없지만, 사실상 소비자 이익을 저해하는 행위를 규제하고 있고 소비자 이익 저해의 “현저성”을 검토하고 있다.

한국 멜론 사건을 보면, 관련시장에서 경쟁사업자가 존재하기 때문에, 에스케이텔레콤이 소비자의 이익을 현저히 저해하는 행위를 하면 오히려 경쟁사업자에게 유리할 것이다. 따라서 경쟁이 존재하는 시장에서 착취남용의 성립은 어려울 것이다. 또한, 일부 소비자가 같은 음악 파일을 추가로 구매하여야 하거나 일정한 변환 과정을 거쳐야 하는 행위가 과연 객관적으로 소비자의 선택권이나 경제적 이익을 현저히 제한할 수 있는지도 명백하지 않다. 당해 행위는 2004년 11월부터 실행되었는데, 2006년 6월 기준으로 에스케이텔레콤(주) MP3폰을 통하여 그의 이동통신서비스를 받는 소비자 중 7%만이 유료로 멜론 서비스를 이용하고 있으며, 7%

에 불과한 소비자 중에서도 복수의 음악사이트를 이용하는 자가 상당한 비중을 차지하고 있는 점 및 저렴한 ‘월정액제 임대형 서비스’가 제공되는 점<sup>265)</sup>을 고려하면, 소비자 이익의 현저한 저해나 독점적 이익의 과도한 실현이 인정되기 어려울 것이다.

한편, 채널편성변경 사건과 단체계약 상품 폐지 사건에서 관련시장은 지역독점시장이지만, 문제된 행위는 일부 소비자에게만 적용한 것이었다. 소비자 이익 저해의 “현정성”이 충분히 입증되지 못한 상황에서 당해 행위가 착취남용으로 볼 수 없다는 판결이 타당하다고 생각된다.

결론적으로 착취행위가 소비자 선택권의 제한이나 착취가격의 설정이나 기타 불공정한 거래조건의 설정이나 어떠한 형식으로 표현되든 간에 시장의 구체적인 정황에 따라서 “현저성”이 인정될 수 있는 경우에 한하여 행위의 위법성을 인정할 수 있다. 특히 착취남용은 일반적으로 독과점이 고착되고 시장진입장벽이 존재하고 경쟁메커니즘의 작동을 기대하기 어려운 상황에서 발생한다는 특성을 간과할 수 없다. 따라서 경쟁이 존재하는 시장에서 착취남용을 인정함에 있어서는 신중한 태도가 필요할 것이다.

### III. 규제 실무로 보는 방해·배제남용의 위법성 판단기준

#### 1. 부당한 사업활동 방해행위

##### (1) 포스코 거래거절 사건

---

265) 서울고등법원 2007.12.27. 선고 2007누8623 판결.



공정거래법상 기업결합의 제한에 관하여 "경쟁을 실질적으로 제한하는"이라는 표현이 사용되고 있고, 부당한 공동행위의 금지에 관하여 "부당하게 경쟁을 제한하는"이라는 표현이 사용되고 있는데, 강학상 이러한 위법성 지표를 경쟁제한성이라고 부른다.<sup>266)</sup> 반면, 시장지배적 지위 남용의 각 남용행위의 유형에서 "부당하게"라는 표현을 사용하고 있을 뿐 부당성의 구체적 판단표지가 제시되지 않고 있다. 그러면 시장지배적 지위 남용행위의 부당성은 과연 경쟁제한성만 의미하는 것인지, 아니면 거래 또는 경쟁의 불공정성까지도 포함하는 것으로 이해할 수 있는 것인지, 경쟁제한성을 의미하는 경우, 경쟁을 배제하는 제한된 의미로만 볼 것인지, 아니면 경쟁자 배제에 이르지 않는 사업 활동 곤란 초래까지 포함하여 그 의미를 확대할 것인지에 대한 논란이 있다.<sup>267)</sup> 이러한 논란은 포스코 판결의 다수의견과 2가지의 반대의견으로 구현되었다.

포스코 사건에서 포항종합제철("포스코")은 자기보다 먼저 설립되고 해외에서 열연코일을 수입하고 냉연강판을 생산해온 동국제강이나 연합철강공업에 자동차 강판을 제조할 수 있는 냉연용 열연코일을 공급하고 있는에도 불구하고, 유독 냉연시장에 신규진입한 현대하이스코(현대자동차의 계열사)에 대하여 냉연강판생산에 필수적인 열연코일의 공급을 거절하였다.

대법원 전원합의체 판결의 다수의견에 의하면, "공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 지위남용행위로서의 거래거절의 부당성은 '독과점적 시장에서의 경쟁축진'이라는 입법목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고,

266) 권오승·서정, 앞의 책, 104면.

267) 홍대식, "시장지배적 지위 남용행위의 판단기준 개선방안", 「경쟁법연구」, 제21권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010, 127면.

그중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고,<sup>268)</sup> 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 거래거절행위를 하였을 때 그 부당성이 인정될 수 있다 할 것이다.

그러므로 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하는 피고로서는 그 거래거절이 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수익 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 입증하여야 할 것이고, 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다 할 것이지만, 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 할 것이다.”<sup>269)</sup>

반대의견 1(대법관 이홍훈, 안대희의 반대의견)에 의하면, “공정거래법

268) 의도나 목적 요건의 요구에 관하여, 학계에서는 대체로 부정적으로 보고 있다. 의도나 목적을 부당성 판단의 적극적 요건이 아니라 이를 판단하는 요소 중의 하나로 보거나(양명조, 「경제법강의」, 신조사, 2011, 108면; 이황, “공정거래법상 단독의 위반 행위 규제의 체계 - 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 「사법」, 제1권 제5호, 통권 5호, 사법발전재단, 2008, 236-237면), 당해 행위를 객관적으로 정당화할 다른 사유가 존재하지 않음을 통해서 간접적으로 입증할 수 있는 것으로 보는 견해(이봉의, 앞의 논문(2008), 20-21면; 양명조, 앞의 책(2013), 176면)가 있다. 그리고 EU 경쟁법이나 미국 반독점법과의 비교법적 분석에 기초하여, 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 인정요건으로서 주관적 의도나 목적을 요구하는 것의 문제점을 지적하는 견해도 유력하다(홍명수, “독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토”, 「경쟁법연구」, 제29권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2014, 16면; 신동권, 앞의 책, 184-185면).

269) 대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결.

제3조의2 제1항 제3호를 해석함에 있어서는, 시장지배적 사업자가 다른 사업자에 대하여 거래를 거절함으로써 외형상 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위를 한 경우에 그 행위는 시장지배적 사업자가 자신의 시장지배적 지위를 남용하여 시장에서의 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 ‘부당한 행위’를 한 것으로 추정된다고 해석하는 것이 합리적이라고 할 것이다. 따라서 시장지배적 사업자가 위 추정에서 벗어나기 위해서는 그 거래거절행위가 실질적으로 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위가 아니라거나 그와 같은 의도나 목적이 없어 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는 ‘부당한 행위’가 아니라는 점을 주장·입증하거나, 그와 같은 행위에 해당한다고 하더라도 거래를 거절할 수밖에 없는 정당한 사유가 있다는 점을 주장·입증하여야 할 것이다.”<sup>270)</sup>

반대의견 2(대법관 박시환의 반대의견)에 의하면, “시장지배적 사업자는 경쟁의 기반이 되는 시장경제질서를 조정하고 통제할 가능성이 있는 존재로서 시장경제질서에서 시장지배적 사업자가 존재한다는 자체가 이미 공정거래법이 추구하는 공정하고 자유로운 경쟁으로부터 상당히 벗어날 수 있는 상태를 의미한다. 이와 같이 시장지배적 사업자가 시장경제질서에서 차지하는 의미에 비추어 볼 때 시장지배적 사업자가 거래거절 행위를 하는 경우, 그 거래거절행위가 비록 경쟁을 제한할 우려에까지 이르지 않더라도 그 ‘지위남용행위’로써 행하여진 경우에는 독점규제의 측면에서 이를 규제하여야 할 필요성이 있다고 할 것이다.”<sup>271)</sup>

그리고 “공정거래법은 제2조 제8의2호에서 경쟁제한의 의미에 대하여 정의한 후, 그 제7조 제1항에서 경쟁을 제한하는 기업결합을 금지하고 있고, 그 제19조 제1항에서 경쟁을 제한하는 부당한 공동행위를 금지하고 있는데, 공정거래법은 이와 같이 경쟁제한의 측면에서 규제의 필요성이 있는 행위 유형들에 대하여는 명문으로 당해 행위의 규제목적이 경쟁의 보호에 있음을 밝히고 있다. 그런데 시장지배적 사업자의 지위남용행위를 금지하고 있는 공정거래법 제3조의2의 규정의 문언을 살펴보면 경

---

270) 같은 판결.

271) 같은 판결.

경제한으로 그 적용 범위를 제한하는 표현이 없다. 이는 공정거래법 제3조의2가 단순히 경쟁제한의 우려의 측면에서 시장지배적 사업자의 지위 남용을 규제하기 위한 것이 아니라 경쟁제한의 우려와 관계없이 시장지배적 사업자가 지위를 남용함으로써 야기될 수 있는 피해를 규제하려는 데 그 입법목적이 있기 때문이다.”<sup>272)</sup>

게다가 “공정거래법 제3조의2의 입법목적이 단순히 경쟁제한의 측면에서 시장지배적 사업자의 지위남용을 규제하기 위한 것이 아니라는 점은 공정거래법 제3조의2가 규정하고 있는 지위남용행위의 유형들을 보면 보다 명확해진다. 즉, 공정거래법 제3조의2가 규정하고 있는 시장지배적 지위의 남용행위는, 상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위(제1호), 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위(제2호), 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위(제3호), 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위(제4호), 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위(제5호)로서, 다른 사업자를 상대방으로 하는 행위와 그렇지 아니한 행위들이 섞여 있다. 그중 다른 사업자를 상대방으로 하는 행위의 경우에 그 부당성은 경쟁제한의 우려가 아니라 바로 다른 사업자에게 불이익을 입힌 것에서부터 비롯된다고 할 수 있다.”<sup>273)</sup>

종합적으로 보면, 다수의견과 반대의견 1은 모두 시장지배적 지위남용행위의 위법성을 인정함에 있어서 남용행위의 외형만 있으면 부족하고, 경쟁을 제한이나 저해할 우려가 있어야 한다고 보고 있다. 다만, 다수의견은 경쟁당국이 이러한 위법성 요건을 증명하여야 한다고 보고 있고, 반면에 반대의견 1은 행위자가 위법성의 부존재에 대하여 입증책임을 져야 한다고 보고 있다. 두 가지 의견의 차이점은 결국 입증책임의 전환 여부에 있다.

반대의견 1은 방해·배제남용의 해석과 관련하여 거래상대방의 경제적 자유(economic freedom)를 목표로 행위 유형에 따라 사실상 경쟁제한성

---

272) 같은 판결.

273) 같은 판결.

을 추단하는 유형적 접근방법(form-based approach)을 채택하고 있는 것으로 보인다.<sup>274)</sup> 이러한 접근방법에는 사실상 경쟁보호가 아니라 비효율적 경쟁자보호의 후견적 역할을 수행하여 실제 경제계에 대한 과도한 규제개입을 초래한다는 전통적인 비판이 있다.<sup>275)</sup> 그리고 시장지배적 지위 남용으로 인정되면, 벌금과 유사한 성격이 있는 금전적 제재로서의 과징금부과가 가능할 뿐만 아니라 형사처벌까지 가능한 점을 고려하면, 반대의견 1에서 주장된 입증책임의 전환은 사업자에게 과도한 부담을 주는 것으로서 설득력이 부족하다고 보는 견해도 있다.<sup>276)</sup>

그러나 유형적 접근방법은 사실상 경쟁보호가 아니라 비효율적 경쟁자보호의 후견적 역할을 수행한다는 비판에 대하여, 독과점이 심화된 시장에서 주요 경쟁사업자 중 어느 하나가 배제되거나 배제될 우려가 있는 경우에는 남용이 인정될 수 있으므로 외관상으로 남용금지가 특정 경쟁사업자를 보호하는 듯 보일 수도 있으나 이는 일차적으로 경쟁을 보호하기 위한 것이고, 경쟁사업자는 방해 내지 배제행위의 금지를 통하여 반사적으로 보호를 받게 됐을 뿐이라고 보는 견해도 있다.<sup>277)</sup>

한편, 박시환 대법관의 의견에 따르면, 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위의 위법성은 시장을 보지 않고 거래상대방이 입은 피해에서 찾아야 한다. 이와 유사한 입장에서 공정거래법은 시장지배적 사업자의 거래거절행위를 경쟁제한적 행위로 보고 금지하고 있는데, 시장지배적 사업자의 거래거절행위에 대하여 다시 경쟁제한효과가 있는지를 판단하여야 한다면, 법리적 모순이 있다고 보는 견해가 있다.<sup>278)</sup> 반대로 이러한 견해는 경쟁법으로서 공정거래법의 성격을 탈색시키고 입법 취지에도 맞지 않는다고 보는 견해가 있다.<sup>279)</sup>

---

274) 임상길 외4인, 「공정거래법판례연구」, 서울고등검찰청 송무부 공정거래판례연구회 편저, 세경사, 2011, 33면.

275) 임상길 외4인, 같은 책, 33면.

276) 조성국, 앞의 논문(2009), 392면.

277) 이봉의, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트사(MS)의 지위남용을 중심으로”, 「법과 사회」, 제27호, 법과사회이론학회 편, 동성출판사, 2004b, 333면.

278) 차성민, “포스코의 열연코일 공급 거절 사건에서 부당성의 의미”, 「경제법판례연구」, 제5권, 경제법판례연구회, 법문사, 2009, 150면.

279) 조성국, 앞의 논문(2009), 392면.

결국, 이 사건에서, 대법원은 ① 현대하이스코는 일본으로부터 열연코일을 자신의 수요에 맞추어 수입하여 냉연강판을 생산·판매하여 왔고, 냉연강판공장이 완공되어 정상조업이 개시된 2001년 이후부터는 지속적으로 순이익을 올리는 등 냉연강판 생산·판매사업자로서 정상적인 사업 활동을 영위하여 왔던 사실, ② 이 사건 거래거절 행위 이후 국내에서 냉연강판의 생산량이 줄었다거나 가격이 상승하는 등 경쟁이 제한되었다고 볼 만한 자료도 없고, ③ 이 사건의 신규거래거절은 거래중단과 달리 기존 냉연강판시장의 가격이나 공급량 등에 직접 영향을 미치지 않는 아니하므로, 현대하이스코의 신규 참여에 의하여 냉연강판시장에서 현재 보다 소비자에게 유리한 여건이 형성될 수 있음에도 현대하이스코가 포스코 외의 다른 공급사업자로부터 열연코일을 구할 수 없어, 거래거절에 의하여 신규 참여가 실질적으로 방해되는 것으로 평가될 수 있는 경우 등에 이르지 않는 한, 그 거래거절 자체만 가지고 경쟁제한의 우려가 있는 부당한 거래거절이라고 하기에 부족하다고 판시하였다.

위와 같은 대법원의 다수의견은 효과 중심의 접근방법(effect-based approach)을 취한 것으로 볼 수 있다.<sup>280)</sup> 효과 중심의 접근방법은 일정한 행위의 외형뿐만 아니라 그 경제적 효과를 살펴 경제분석 및 각종 증거에 의하여 당해 행위가 경쟁에 미치는 효과가 인정될 때에만 위법성이 인정될 수 있다는 뜻이다.<sup>281)</sup>

효과 중심의 접근방법을 지지하는 입장에서, 시장경쟁의 과정 자체가 경쟁자 배제의 가능성을 내포하고 있기 때문에, 배제남용의 위법성 판단 기준으로 경쟁자의 불이익만 문제로 삼으면, 시장에서의 모든 경쟁행위가 위법이 된다는 모순에 빠지게 될 것이다.<sup>282)</sup> 그리고 공정거래법 규정

280) 이황, 앞의 논문(2008), 256면; 서정, “배제남용행위의 위법성 판단기준”, 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 서울대학교 경쟁법센터 편저, 법문사, 2010, 83면; 이민호·주현영, 앞의 논문, 104면; 주진열, “시장지배적 지위 남용 관련 SKT 델론 온라인 음악 서비스 사건에 대한 비판적 고찰”, 「경쟁법연구」, 제32권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2015a, 214면; 강상욱, 앞의 논문, 84면.

281) 강우찬, “EC조약 102조(시장지배적 지위 남용)에 관한 집행지침(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 「사법논집」, 제52집, 법원도서관, 사법발전재단, 2011.

282) 서정, 앞의 논문(2010), 96면.

의 문리해석으로는 경쟁제한효과가 부족하더라도 경쟁자침해효과가 있다면 이는 부당한 경우에 포함하여 규제할 수 있겠지만, 이는 시장경쟁보다는 경쟁사업자를 보호하고자 하는 것으로 최근 세계적 추세와 국내 경제계 인식에도 반하고, 기업의 사업활동을 부당하게 위축시킬 위험성이 있기 때문에, 소비자 후생이 저해될 우려가 있는 경우에 한하여 경쟁법이 개입하는 것이 타당할 것이다.<sup>283)</sup> 따라서 사업자의 행위로 인하여 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해 등 경쟁제한적 효과가 생길 만한 우려가 있는 경우에만 그 행위는 위법으로 인정되고, 그렇지 않은 경우에는 경쟁과정상 단연히 허용되는 정상적 사업활동으로 인정되는 포스코 판결의 판시는 지극히 정당할 것이다.

반면, 시장지배적 사업자의 남용행위금지에는 그 출발선에서 이미 독점력, 즉 상당히 높은 정도의 경쟁제한을 전제로 하여 검토되고 분석될 것이기 때문에, 경쟁제한의 우려와 효과를 특별하게 강조하는 것이 적당하지에 대한 질의도 있다.<sup>284)</sup> 경쟁제한의 우려가 큰 시장지배적 사업자에게는 엄격한 부당성 요건을 요구하고, 반대로 일반 불공정거래행위의 경우에는 상대적으로 쉽게 부당성이 인정되는 불합리에 대한 지적도 있다.<sup>285)</sup> 그리고 시장지배적 지위 남용행위에 대한 규제는 거래관계 및 경쟁관계에 있어서 경제적 혹은 사회적으로 열위에 있는 시장참여자의 이익이 시장지배적 사업자의 우월적 힘의 행사로부터 보호될 수 있도록 하는 데에 그 의의가 있는 것으로 보고, 대법원의 판시를 비판적으로 보는 견해도 있다.<sup>286)</sup>

283) 이황, 앞의 논문(2008), 250-251면.

284) 양명조, 앞의 책(2013), 176면.

285) 신동권, "시장지배적지위남용행위규제의 쟁점-공정거래위원회 심결 및 법원 판결을 중심으로-", 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 서울대학교 경쟁법센터 편저, 법문사, 2010, 34면; "시장지배력이 없는 사업자가 공정한 거래질서를 저해할 우려가 있는 행위로 나아가는 경우에 비하여 시장지배적 사업자의 동일한 해위라면 공정거래를 저해할 우려가 더욱 커지게 마련이다. 즉, 시장지배적 사업자에 의한 불공정거래행위는 그 위법성이 더욱 크다는 점에서 일반사업자에게 금지되는 불공정거래행위에 비하여 그 요건을 폭넓게 해석할 수밖에 없으며, 이는 법 제23조 제1항 8호를 포함하여 불공정거래행위에 해당되는 행위는 모두 시장지배적 지위남용에 해당됨을 의미한다(이봉의, 앞의 논문, 2004b, 339면)."

286) 조혜신, "독점규제법상 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목적", 「시장경제와 사회

또한, 포스코 판결에서 채택된 접근방법은 시장지배적 사업자에게 일단 경쟁사업자 배제전략으로 나아가는 것이 현명하다는 신호를 보내고 있고, 이로 인하여 시장지배적 사업자의 배제전략이 조장될 수도 있다.<sup>287)</sup> 시장지배적 사업자의 입장에서, 배제나 방해행위의 상대방은 유력한 경쟁사업자인 경우, 배제전략이 성공하면, 유력한 경쟁사업자를 제거할 수 있고, 배제전략이 실패하면, 경쟁제한효과가 입증하기 어려워서 아무런 책임을 지지 않을 것이다. 배제나 방해행위의 상대방이 시장점유율이 미미한 사업자인 경우, 시장지배적 사업자의 방해행위로 인하여 시장에서 축출된다고 하더라도 경쟁제한효과가 발생하거나 발생할 우려가 없을 것이다. 그러나 이러한 배제과정이 반복될 경우 최종적으로 해당 시장의 독과점은 심화될 것이고, 결국, 경쟁보호상의 흠결이 생길 우려가 있다.<sup>288)</sup>

한편, 경쟁제한효과는 대체로 시장봉쇄(market foreclosure)와 소비자 후생의 침해(consumer harm) 2가지로 구분될 수 있는데, 경쟁제한효과를 판단할 때, 시장봉쇄와 소비자 후생의 침해 중에 어느 쪽에 편중할 것인가, 봉쇄효과를 판단함에 있어서도 봉쇄되는 범위를 완전봉쇄로 볼 것인가 아니면 부분적 봉쇄도 포함할 것인가, 봉쇄의 대상을 동등하게 효율적인 경쟁자로 한정할 것인가, 아니면 덜 효율적인 경쟁자이지만 시장지배적 사업자에 대한 경쟁제약의 측면에서 의미 있는 경쟁자도 포함할 것인가에 따라 실제 적용방식이 달라질 수 있다. 그리고 입증의 정도에 관하여, 경쟁제한효과를 인정할 때 양적 기준을 주로 사용할 것인가 아니면 질적 기준을 주로 사용할 것인가에 따라 실제 적용방식이 달라질 수 있다.<sup>289)</sup>

포스코 판결 이후 일련의 시장지배적 지위남용 사건에 관한 판결을 살

---

조화」, 남천 권오승 교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, 2015, 120면.

287) 이봉의, 「공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법」, 「시장경제와 사회조화」, 남천 권오승 교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, 2015, 139면.

288) 이봉의, 같은 논문, 2015, 138-139면.

289) 홍대식, 「간격 좁히기: 국제 경쟁법으로의 수렴 또는 그로부터의 분산 - 한국 경쟁법상 단독행위 규제를 중심으로」, 「경쟁법연구」, 제31권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2015, 121-122면.



펴보면, 공정거래위원회와 법원은 경쟁제한효과나 이러한 효과가 발생할 우려를 방해·배제남용의 위법성 판단기준으로 삼고 있다. 따라서 경쟁제한효과의 판단기준을 연구하기 위해서 후속판례를 살펴보아야 한다.

## (2) 멜론 사건

멜론 사건에서 에스케이이동통신이 자신의 MP3폰과 자신이 운영하는 온라인 음악사이트의 음악파일에 자체 개발한 DRM(Digital Rights Management)을 탑재하여 자신의 MP3폰을 사용하는 소비자로 하여금 위 음악사이트에서 구매한 음악파일만 재생할 수 있도록 하고, 다른 사이트에서 구매한 음악은 위 음악사이트에 회원으로 가입한 후에 별도의 변환 과정 등을 거치도록 한 행위가 문제되었다.

서울고등법원은 에스케이이동통신의 이 사건 행위는 이동통신서비스 시장에서의 지배적 지위를 전이하여 관련 시장인 다운로드서비스 시장에서 소비자들로 하여금 용역의 구매를 사실상 강제하는 효과를 거두었다고 보아야 할 것이고, 이로써 한편으로는 소비자의 선택권을 침해하거나 선택 기회를 제한하는 결과를 나타내었고, 다른 한편 이와 같은 원고(에스케이이동통신)의 행위는 사실상의 ‘끼워팔기’에 준하는 행위로서 이로 말미암아 MP3파일 다운로드 서비스 시장(중된 시장)에서 일정 정도 원고로의 쏠림현상이 발생하기도 하였으므로, 원고가 시장지배적지위를 이용하여 다른 사업자들의 사업활동을 사실상 방해하였다고 볼 여지가 충분하다고 판단하였다. 실제로 에스케이이동통신이 MP3폰 소지자에 대해 멜론서비스의 이용을 강제한 이후 MP3 파일 다운로드시장에서 시장점유율이 0%에서 50%대로 급상승한 반면, 최초의 유료음악사이트 운영자인 AD이천엔터테인먼트의 맥스MP3의 시장점유율은 급격하게 낮아져 3%대를 겨우 유지해 오다가 2006년 7월 CJ그룹계열의 CJ미디어(주)에 인수된 사실도 확인되었다.<sup>290)</sup> 그렇지만, 저작권 보호 등 정당한 이유의

존재로 인하여 서울고등법원은 이 사건 행위의 부당성을 인정하지 않았다.

대법원은 역시 이 사건 행위로 인하여 경쟁제한효과가 일정 정도로 나타났다고 인정하였지만, 정당한 이유의 존재에 편중하고, 행위의 부당성을 인정하지 않았다. 구체적으로 대법원은 ① 에스케이이동통신이 자신의 MP3폰과 음악파일에 DRM을 탑재한 것은 인터넷 음악서비스 사업자들의 수익과 저작권자 보호 및 불법 다운로드 방지를 위한 것으로서 정당한 이유가 있다고 보이는 점, ② 소비자가 에스케이이동통신 MP3폰으로 음악을 듣기 위해서 겪어야 하는 불편은 MP3파일 다운로드서비스 사업자들에게 DRM을 표준화할 법적 의무가 있지 않은 이상 부득이한 것으로 현저한 이익 침해가 되거나 부당하여 불법한 것으로 보이지 않는 점, ③ 위 행위로 인해 현실적으로 경쟁제한효과가 일정 정도 나타났지만 DRM의 특성과 필요성 및 개발 경위 등에 비추어 에스케이이동통신의 행위에 경쟁제한의 의도나 목적이 있었다고 단정하기 어려운 점 등을 종합적으로 고려하여 에스케이이동통신의 행위가 ‘다른 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위’에 해당하더라도 그 부당성을 인정할 수 없다고 판시하였다.<sup>291)</sup>

대법원의 위와 같은 판시에 따르면, 경쟁제한효과가 이미 발생하여 그 주관적 경쟁제한 의도가 추정될 수 있는 경우에도, 정당한 이유의 존재로 인하여 주관적 경쟁제한 의도가 전부 반복될 수 있을 것이다.<sup>292)</sup> 그러나 이 사건에서 친경쟁적 효율성의 존재 및 경쟁제한효과가 더 적은 다른 대안수단 등에 대한 구체적인 검증절차가 전혀 활용되지 않아서 시장지배적 사업자에게 가능한 경쟁제한효과가 더 낮은 행위를 간접적으로 강제하는 독점규제법의 규제내용과는 배치된다는 비판이 있다.<sup>293)</sup>

---

290) 서울고등법원 2007. 12. 27. 선고 2007누8623 판결.

291) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2008두1832 판결.

292) 오승환, “에스케이이동통신의 휴대폰 폐쇄 DRM장착행위의 경쟁제한판단”, 「경쟁법연구」, 제28권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2013, 55면.

293) 오승환, 앞의 논문, 56면.

### (3) 현대·기아 자동차 사건

현대자동차 사건에서 현대자동차는 노동조합과의 협의 지연 또는 노동조합의 반대 등을 이유로 9건의 판매대리점 거점 이전 승인을 지연하거나 거부하였고 약 170건의 판매대리점 판매인원 채용등록을 지연하거나 거부하였다.

대법원은 ① 이러한 행위는 원고가 판매대리점의 거점 이전 및 판매인원 채용으로 인하여 직영판매점의 경쟁력이 약화될 것을 우려하였기 때문인 사실, ② 판매대리점의 판매를 결정하는 주된 요소는 전시장 거점, 판매인원 수, 판매인원의 판매력으로서, 상권에 대한 고려와 함께 고객의 방문을 유도하기 위한 장소의 선택, 방문 고객을 위한 차량 전시장의 확보는 판매대리점 영업활동에 있어 중요한 환경요소이고, 판매인원의 증감에 따라 판매실적이 정비례하며, 또한 판매경로 중 방문 고객에 대한 판매가 12.3% 내지 40%를 차지하고, 판매인원을 통한 판매가 60% 내지 87.7%를 차지하는 사실, ③ 이에 따라 판매대리점으로서의 거점을 이전해야만 하는 상황에서 이전이 지연되거나 유능한 판매인원을 확보하지 못하게 되면 같은 지역 내에서 경쟁하고 있는 직영판매점에 비하여 경쟁력이 약화될 수밖에 없는 사실, ④ 원고(현대자동차)의 시장점유율은 높은데, 반대로 경쟁사업자의 수는 적고 시장점유율은 낮은 상황에서 원고의 판매대리점들의 입장에서 다른 자동차 판매회사의 판매대리점으로 전환할 가능성도 제한되어 있는 사실, ⑤ 이 사건 사업활동 방해행위의 대상이 된 판매대리점은 400여 개 판매대리점 중 100여 개로서 20%가 넘는 사실을 종합적으로 고려하여 이 사건 사업활동 방해행위가 국내 승용차 판매시장 및 5톤 이하 화물차(트럭) 판매시장에서 직영판매점과 판매대리점의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가

생길 만한 우려가 있는 행위로 인정하였다.<sup>294)</sup>

반면, 기아자동차 사건에서 기아자동차는 현대자동차와 유사하게 직영 점과의 이격거리 미달, 노동조합의 반대 등을 이유로 3개 판매대리점의 거점이전 신청을 지연하거나 거부하였다. 서울고등법원과 대법원은 모두 이러한 방해행위로 인하여 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한효과가 발생하였다고 볼 증거도 없고, 이러한 행위의 목적은 시장에서 독점을 유지하거나 강화에 있다고 볼 수도 없다는 이유로 행위의 부당성을 인정하지 않았다.<sup>295)</sup>

그러나 현대자동차 사건과 기아자동차 사건을 대조해보면, 알 수 있듯이 두 사건에서 문제가 된 행위는 유사하지만, 행위 대상의 범위에 차이가 있다. 현대자동차 사건에서 방해를 받은 대리점은 100여 개가 되지만, 기아자동차 사건에서 방해를 받은 대리점은 3개에 불과하였다. 결국, 방해를 받은 거래상대방의 규모상의 차이가 위법성 인정 결과의 차이를 초래한 것으로 볼 수 있다. 그런데 현대자동차 사건에서 대법원의 판시와 같이 불이익을 당한 대리점이 20%에 달하면 특별한 입증도 없이 직관적으로 경쟁제한효과가 있었다고 단정한 것에 대하여 비판할 여지가 있다.<sup>296)</sup> 만약 대법원이 '상표 간 경쟁'에 미친 영향을 중심으로 부당성 여부를 판단하였다면, 이 사건 행위의 부당성을 인정하기가 어려울 것이다.<sup>297)</sup>

## 2. 부당한 경쟁사업자 배제 행위

---

294) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2008두7465 판결.

295) 대법원 2010. 4. 8. 선고 2008두17707 판결.

296) 박해식, “단독행위 관련 최근 판결에 대한 분석과 전망”, 「경쟁법연구」, 제29권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2014, 155면.

297) 주진열, “공정거래법상 경쟁제한성 요건의 증명방법에 관한 연구”, 「사법」, 제22호, 사법발전재단, 2012, 12면.

### (1) 농협중앙회 배타 조건부 거래 사건

이 사건에서 농협중앙회가 비료제조회사로 하여금 BB비료에 대하여 자신과 전속 거래하도록 하였고, 나머지 식량작물용 화학비료에 대해서도 비료제조회사가 일반에 시판할 경우에는 원고(농협중앙회)와 비료제조회사 간에 기계약된 비료에 대하여 계약을 해지하거나 사전 통보 없이 원고가 구입하는 식량작물용 화학비료의 구입가격을 임의로 조정할 수 있도록 함으로써 거래상대방인 비료제조회사가 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자를 포함)와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위가 문제되었다.<sup>298)</sup>

대법원은 “배타 조건부 거래행위가 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단의 시장지배적 사업자의 지위남용행위에 해당하려면 그 배타조건부 거래행위가 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위로 평가될 수 있어야 하는바, 여기서 말하는 ‘부당성’은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 할 것이므로, 시장에서의 독점을 유지·강화할 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 배타조건부 거래행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다.

그러므로 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래의 부당성은 그 거래행위의 목적 및 태양, 시장지배적 사업자의 시장점유율, 경쟁사업자의 시장 진입 내지 확대 기회의 봉쇄 정도 및 비용 증가 여부, 거래의 기간, 관련시장에서의 가격 및 산출량 변화 여부, 유사품 및 인접시장의

---

298) 서울고등법원 2007. 9. 19. 선고 2007누7149 판결.

존재 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 시장지배적 지위남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다.”<sup>299)</sup>라는 법리를 제시하였다.

따라서 이 사건에서 대법원은 ① 농협중앙회가 식량작물용 화학비료 시장에서 정부의 가격 보조를 기반으로 하여 독점적 사업자의 지위를 누려오다가, 2005. 7. 1.부터 정부의 화학비료에 대한 차손 보조가 완전히 폐지되어 경쟁사업자에 의한 시장 잠식이 현저히 우려되자, 자신의 시장 지배력을 종전과 같이 유지할 목적으로 경쟁사업자를 배제하기 위하여 비료 제조회사들과 사이에 이 사건 구매납품계약을 체결한 것으로 보이는 점, ② 이러한 농협중앙회의 행위는 경쟁사업자인 비료 제조회사의 영업소나 판매대리점 등을 통한 식량작물용 화학비료의 시중 판매를 원천적으로 봉쇄함으로써 식량작물용 화학비료 유통시장에서 이들을 배제하는 결과를 초래할 우려가 있어 보이는 점, ③ 이 사건 구매납품계약이 체결된 2006. 1.부터 2006. 6. 30.까지 행위자는 여전히 100%에 가까운 시장점유율을 보이지만, 그의 경쟁사업자인 일반 시판상들의 시장점유율은 전년도보다 오히려 악화된 0%를 보여서 현실적으로도 이 사건 구매납품계약에 의한 경쟁제한의 효과가 발생한 것으로 보이는 점을 종합적으로 고려하여 부당성을 인정하였다.

이 사건에서 대법원은 경쟁제한효과를 인정함에 있어서 경제분석을 요구하지 않았다. 그런데 이 사건에서 경제분석이 필요가 없었던 이유는 “직접증거 등에 의하여 경쟁제한효과를 직관적으로 인정할 수 있는 상황”에서 비롯된 것으로 보는 견해가 있다.<sup>300)</sup> 경제분석은 경쟁제한효과의 발생 여부가 명백하지 않을 경우 이를 판단할 수 있도록 도와주는 도

299) 대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078 판결.

300) 이황, “포스코 판결 이후 시장지배적 지위 남용행위 판례에서 ‘부당성’ 판단의 경향과 전망”, 「행정판례연구」, 17-2, 박영사, 2012, 344면.

구에 불과한 것이기 때문이다.<sup>301)</sup> 반대로 이 사건 식량작물용 화학비료의 특수성 때문에, 이 사건의 구매 계약 이후에 일반 시판상들의 시장점유율이 0%라고 하더라도, 최종 판매시장에서 가격 인상 우려 등 경쟁제한효과에 대한 추가적인 증명 없이는 부당성을 단정하기 어렵다는 분석도 있다.<sup>302)</sup>

## (2) 지마켓 배타 조건부 거래 사건

이 사건에서, 애플온라인이라는 사업자가 오픈마켓 운영시장에 신규 진입하여 지마켓보다 유리한 조건으로 판매자들과 거래하자, 지마켓은 이러한 공격적인 사업전략에 대응하여 7개 사업자에게 지마켓에서의 판매가격을 인하하거나 애플온라인에서의 판매가격을 인상할 것, 주로 지마켓과 거래하면서 매출을 올려 줄 것, 애플온라인과의 거래를 중단할 것 등을 요구하였고, 애플온라인에 올려놓은 상품을 안 내리면 원고의 메인 화면에 노출된 상품을 모두 빼버리겠다고 위협하였다. 이에 7개 사업자는 2006년 11월부터 애플온라인과의 거래를 중단하였다가 2006년 11월 28일부터 2007년 6월 18일까지 사이에 순차적으로 거래를 재개하였다. 그런데 2007년말 애플온라인은 매출부진을 견디지 못하고 오픈마켓 사업을 포기하고 청산하게 되었다.<sup>303)</sup>

대법원은 앞서 농협중앙회 배타 조건부 거래 사건에서 제시한 위법성 판단에 관한 법리를 인용하고, 이 사건에서 지마켓의 행위 대상은 7개 사업자에 불과한 점, 그 7개 사업자로부터 얻을 수 있는 판매수수료도 미미한 점, 그 7개 사업자와 애플온라인과 거래를 중단한 기간은 13일에

---

301) 이황, 같은 논문(2012), 345면.

302) 주진열, “수요자의 배타조건부거래(구매)와 시장지배력 남용 문제-대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078판결”, 「경쟁법연구」, 제34권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 208-210면.

303) 서울고등법원 2008. 8. 20. 선고 2008누2851 판결.

서 7개월밖에 안 되는 점을 고려하여 이 사건 행위와 시장에서 애플온라인의 퇴출 사이의 인과관계를 부정하였다.<sup>304)</sup>

대법원의 판시에 따르면, “원심으로서는 오픈마켓 운영시장의 진입장벽이나 시장진입 초기 우량 판매자 확보의 중요도, 상품 구성의 영향 등의 제반 특성과 애플온라인의 재무구조의 건전성이나 영업전략의 현실성 등을 심리하여 이 사건 행위가 애플온라인의 전체 사업활동이나 매출에 어떠한 영향을 미쳤는지 등을 우선으로 살핀 다음, 이를 전제로 애플온라인이 이 사건 행위로 인하여 매출 부진을 이기지 못하고 오픈마켓 시장에서 퇴출된 것인지 여부와 이 사건 행위로 나타난 신규 사업자의 시장진입을 봉쇄한 정도나 기간 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 행위를 객관적으로 오픈마켓 시장에 경쟁제한의 효과가 생길만한 우려가 있는 행위로 평가할 수 있는지 여부 등을 판단하였어야 할 것이다.”<sup>305)</sup>

### (3) 쉐컴 조건부 리베이트 사건

쉐컴 사건에서 쉐컴은 국내 휴대전화기 제조사가 쉐컴의 모뎀칩과 RF 칩을 구매하는 정도에 따라 그 휴대전화기 제조사에 리베이트를 제공하는 행위(배타조건부 거래행위)가 문제되었다.<sup>306)</sup> 이 사건에서 대법원은 경제적 분석의 역할에 관하여 중요한 판시를 내렸다.

대법원은 우선, 조건부 리베이트 행위에 대하여 약탈적 가격 설정행위가 아니라 배타 조건부 거래행위로 접근하는 방법을 수긍하였다. 대법원의 판시에 따르면, 배타 조건부 거래행위 중의 이른바 “조건”은 그의 이행 자체가 법적으로 강제되는 경우뿐만 아니라 실질적으로 거래상대방이 그 조건을 따르지 않고 거래처를 전환하기 어려운 경우도 포함된다. “따

---

304) 대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결.

305) 같은 판결.

306) 서울고등법원 2013. 6. 19. 선고 2010누3932 판결.



라서 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 내용으로 하는 조건의 준수에 이익이 제공됨으로써 사실상의 강제력 내지 구속력이 있게 되는 경우라고 하여 ‘경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 행위’에 형식적으로 해당되지 않는다고 볼 수는 없다.”<sup>307)</sup>

그리고 대법원은 봉쇄효과 위주로 배타 조건부 거래행위의 부당성을 판단하여야 한다는 접근방법을 명시하였다. 즉, “배타조건부 거래행위로 인하여 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 봉쇄·제한되거나 경쟁사업자 상품으로의 구매전환이 봉쇄·제한되는 정도를 중심으로, 그 행위에 사용된 수단의 내용과 조건, 배타조건을 준수하지 않고 구매를 전환할 경우에 구매자가 입게 될 불이익이나 그가 잃게 될 기회비용의 내용과 정도, 행위자의 시장에서의 지위, 배타조건부 거래행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 실시 기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 소비자 선택권이 제한되는 정도, 관련 거래의 내용, 거래 당시의 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.”<sup>308)</sup>

특히, 경제분석에 관하여, 포스코 판결 이후로 대법원은 부당성의 판단에 있어 실증 경제분석을 요구하고 있다고 보는 견해<sup>309)</sup>가 있지만, 이 사건에서 대법원은 경제분석의 필요성을 명시적으로 부정하였다. 이와 관련된 대법원의 판시는 아래와 같다.

“조건부 리베이트 제공행위로 인한 부정적 효과와 그러한 행위가 반드시 소비자 후생증대에 기여하지는 않는 점, 장기간의 배타조건부 거래계약을 체결함으로써 부당한 배타조건부 거래행위에 해당하게 되는 경우에도 그 계약체결을 위하여 반대급부로 제공된 이익이 비용 이하에 해당하는지 여부를 반드시 고려해야 한다고 볼 수는 없는 점과의 균형 등을 고려하면, 이른바 ‘약탈 가격 설정(predation)’과 비교하여 그 폐해가 발생

---

307) 대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두14726 판결.

308) 같은 판결.

309) 주진열, “최근 독점규제법 주요 판례에 나타난 비교법경제학적 쟁점 분석”, 「경쟁법연구」, 제23권, 한국경쟁법학회 편, 법문사, 2011, 242-243면.

하는 구조와 맥락이 전혀 다른 조건부 리베이트 제공행위를 그와 마찬가지로 보아 약탈 가격 설정에 적용되는 부당성 판단 기준을 그대로 적용할 수는 없다. 따라서 이러한 부당성 인정의 전제조건으로, 리베이트 제공이 실질적으로 비용 이하의 가격으로 판매한 경우에 해당하여야 한다는 점이나 시장지배적 사업자와 동등한 효율성을 가진 가상의 경쟁사업자 또는 실제 경쟁사업자들이 리베이트 제공에 대하여 가격 및 비용 측면에서 대처하는 데 지장이 없었다는 점 등에 관하여 회계적·경제적 분석(이하 ‘경제분석’이라고만 한다) 등을 통한 공정거래위원회의 증명이 필수적으로 요구되는 것은 아니라고 할 것이다.

한편 사업자는 조건부 리베이트 제공행위의 사실상 구속력이나 부당성 증명을 위하여 위와 같은 경제분석을 사용하여 그 결정의 신뢰성을 높이는 것은 권장될 수 있다. 나아가 통상의 경우 사업자는 경제분석의 기초가 되는 비용 관련 자료, 리베이트의 설계방식과 목적·의도와 관련한 자료 등은 보유하고 있으므로, 경제분석의 정확성이나 경제분석에 사용된 기초자료의 신뢰성·정확성과 관련한 모호함이나 의심이 있는 상황에서는, 사업자가 그 기초자료나 분석방법 등의 신빙성을 증명함으로써 조건부 리베이트 제공행위의 사실상의 구속력이나 부당성에 관한 공정거래위원회의 일응의 합리적 증명을 탄핵할 수는 있다.”<sup>310)</sup>

위와 같은 대법원의 판시는 경제적 분석의 역할은 남용행위의 유형에 따라서 달라져야 한다는 뜻으로 이해할 수 있다. 즉, 약탈적 가격 설정의 경우, 설정된 가격이 실질적으로 비용 이하의 가격인지, 시장지배적 사업자와 동등한 효율성을 가진 가상의 경쟁사업자 또는 실제 경쟁사업자들이 당해 가격에 대하여 가격 및 비용 측면에서 대처하는 데 지장이 있는지를 회계적·경제적 분석의 방법으로 증명할 필요가 있지만, 배타 조건부 거래의 경우에는 경제적 분석이 필수적이지 않다. 하지만 시장지배적 사업자가 경제적 분석의 기초가 되는 비용 등에 관한 정보를 갖고 있으므로 사업자는 신빙성이 있는 경제적 분석 자료를 제출함으로써 경쟁당

---

310) 같은 판결.

국의 주장을 반박할 수 있을 것이다.

결국, 대법원은 경제적 분석에 의지하지 않고 “리베이트의 지급구조, 배타 조건의 준수에 따라 거래상대방이 얻게 되는 리베이트의 내용과 정도, 구매전환 시에 거래상대방이 감수해야 할 불이익의 내용과 정도, 거래상대방이 구매전환이 가능한지를 고려하였는지 여부 및 그 내용, 리베이트 제공 무렵 경쟁사업자들의 동향, 경쟁사업자의 시장진입 시도 여부, 리베이트 제공조건 제시에 대한 거래상대방의 반응, 거래상대방이 리베이트가 제공된 상품이나 용역에 관하여 시장지배적 사업자에 대한 잠재적 경쟁자가 될 수 있는지, 배타 조건부 거래행위로 인하여 발생할 수도 있는 비용 절감 효과 등이 최종소비자들에게 미치는 영향 등”<sup>311)</sup> 제반 사정을 고려하여 이 사건의 배타 조건부 거래행위의 위법성을 인정하였다.

### 3. 소결

포스코 판결 이후로 대법원은 주로 “불쇄효과”와 “경쟁사업자의 비용 상승효과”를 방해·배제남용의 위법성 판단기준으로 활용하고 있는 것으로 보인다. 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준」에도 그동안 판례에서 적용된 위법성 판단기준을 반영하여 경쟁제한효과의 판단기준을 제시하고 있다.<sup>312)</sup> 심사기준에는 포스코판결에서 예시된 경쟁제한효과, 즉, 가격상승, 산출량 감소, 다양성 제한, 혁신 저해 이외에 “불쇄효과”와 “경쟁사업자의 비용 상승효과”도 포섭하고 있다. 그리고 경쟁사업자의 비용의 인위적 상승이나 불쇄효과는 시장지배적 사업자에 대한 경쟁의 압력을 저하시켜 결과적으로 가격상승, 산출량 감소, 다양성 제한, 혁신 저해 등의 경쟁제한효과를 초래할 수 있다고 명시하였다.

---

311) 같은 판결.

312) 홍대식, 앞의 논문(2015), 93면.

「시장지배적 지위 남용행위 심사기준」에는 경쟁제한효과의 판단기준에 관한 고려요소를 제시하고 있을 뿐만 아니라 관련된 예시도 같이 제시하고 있다. 이렇게 경쟁제한효과의 판단기준과 관련된 예시를 같이 제시하는 방법은 중국의 시장지배적 지위 남용행위 규제에 유익한 참조물이 될 수 있을 것이다.

그리고 학계에서는 포스코 판결에서 대법원이 예시한 경쟁제한효과는 시장지배적 지위의 유지·강화의 직접적 판단요소(시장성과에 관한 것)로 보고, 경쟁자 비용 인상 등을 간접적 판단요소(시장, 상품·용역의 특징에 관한 것)로 보고, 직접적 판단요소에는 적절한 데이터의 입수 곤란성과 인과관계의 타당성 문제가 있기 때문에, 시장지배적 지위 유지·강화 여부를 판단함에 있어서 간접적 판단요소를 중심으로 판단하고, 직접적인 판단요소에 보완적인 역할을 부여하는 접근방법이 제안된 바 있다.<sup>313)</sup> 또한, 개별 사건에서 경쟁제한효과를 반드시 경제분석을 통하여 입증하도록 하면, 시장지배적 지위 남용행위의 실효적인 규제가 기대되기 어렵다는 견해<sup>314)</sup>도 설득력이 있어 보인다.

---

313) 한도율, 앞의 논문(2018), 132-133면.

314) 이봉의, “시장지배적 사업자의 방해남용과 판례상 나타난 경제적 접근방법의 한계-남용규제에 대한 규범적 접근방법을 중심으로”, 「특별법연구」, 제10권(전수안 대법관 퇴임기념), 특별소송실무연구회 편저, 2012, 421면.

## 제3절 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 구별

### I. 거래상 지위 남용규제의 목적과 규제의 필요성

「불공정거래행위 심사지침(“심사지침”)」에 따르면, 사업자가 거래상 우월적 지위가 있음을 이용하여 열등한 지위에 있는 거래상대방에 대해 일방적으로 물품 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하므로 금지된다[심사지침 V. 6. (1)].

대법원의 판시에 따르면, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘법’이라 한다) 제23조 제1항 제4호와 제2항 및 그에 근거한 법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호에서 불공정거래행위의 한 유형으로 사업자가 ‘자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위’를 규정하고 있는 것은, 현실의 거래관계에서 경제력에 차이가 있는 거래주체 간에도 상호 대등한 지위에서 법이 보장하고자 하는 공정한 거래를 할 수 있게 하기 위하여 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있는 사업자에 대하여 그 지위를 남용하여 상대방에게 거래상 불이익을 주는 행위를 금지시키고자 하는 데 그 취지가 있는 것으로서, 여기서 말하는 거래상의 지위를 부당하게 이용하였는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장 및 거래의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품 또는 용역의 특성, 그리고 당해 행위의 의도·목적·효과·영향 및 구체적인 태양, 해당 사업자의 시장에서의 우월한 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것

으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 할 것이다.”<sup>315)</sup>

학계에서는 거래 과정에서 우월적 지위를 가진 사업자가 일방적으로 거래상대방에게 구입강제 등 각종 불이익을 가하는 행위를 하면, 거래상대방으로서의 자신이 활동하는 시장에서 다른 경쟁사업자에 비하여 불리한 조건에서 경쟁하게 되고, 다른 한편으로 이를 통하여 거래상 지위에 있는 사업자는 자신의 시장 지위를 공고히 하거나 경쟁사업자보다 시장에서 우위를 차지할 우려가 있으므로, 공정거래법이 거래상 지위 남용을 금지하고 있다고 보는 견해가 있다.<sup>316)</sup>

그러나 현행 공정거래법상 거래상 지위의 남용금지 규정은 전적으로 사인 간의 거래에 관한 것으로 공정거래위원회가 개입할 성격의 것이 아님에도 공정거래위원회가 개입하고 있다는 지적도 있다.<sup>317)</sup> 한국 공정거래법상 거래상 지위 남용행위에 대하여는 시장지배적 지위 남용과 마찬가지로 시정명령 이외에 과징금부과, 형사처벌이 가능하게 하는 규정을 두고 있는데, 사법질서에 따른 유효성 검증을 통과한 사인 간의 거래에 대해서 경쟁의 보호라는 근본 가치와 무관하게 단지 거래 주체의 상호대등한 지위 보장만을 위해서 경쟁당국이 개입하여 과징금이나 심지어 형벌을 부과하는 것은 사적 자치의 원리에 반할 소지가 크다고 보는 견해도 있다.<sup>318)</sup> 또한, 거래상 지위 남용규제는 경쟁당국이 시장지배적 지위 남용규제의 까다로운 입증책임에서 벗어나기 위한 수단으로 활용되고 있다는 지적도 있다.<sup>319)</sup>

---

315) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결, 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결 등 참조.

316) 권오승, 앞의 책, 327면; 이남기·이승우, 「경제법(제3개정판)」, 박영사, 2001, 224면.

317) 변동열, “거래상 지위의 남용행위와 경쟁”, 「저스티스」, 제34권 제4호, 한국법학원, 2001, 197-198면.

318) 서정, “불공정거래행위의 사법상 효력”, 「민사판례연구」, 제31권, 민사판례연구회, 2009, 808면.

319) 김차동, “독점규제법에서 요건사실적 접근이 가능한지와 우월적 지위 남용행위의 요건사실 및 그 고려요소에 관한 검토”, 「판례연구」, 제17집(상), 서울지방변호사회, 2003, 32면.

반대로 거래상 지위 남용행위의 규제는 사적 구제로 충분하지 못한 영역에 대하여 국가가 그러한 행위의 위법성을 확인하고 재발을 방지하고자 하는 데에 의미가 크다고 보는 견해가 있다.<sup>320)</sup> 따라서 거래상 지위 남용행위를 당한 거래상대방인 일부 사업자가 민사소송을 통해서 거래를 중지하거나 손해배상을 받을 수 있다고 하더라도 행위자가 여전히 다른 거래상대방에게 유사한 행위를 할 수 있으므로 공정거래법의 입장에서는 그러한 행위를 하지 못하도록 시정조치를 취할 이유가 있다.<sup>321)</sup> 또한, 거래상 지위 남용을 금지하는 취지가 단지 경쟁사업자나 거래상대방의 이익을 보호하는 것이 아니라 경쟁의 전제조건인 계약자유를 남용하는 행위를 규제함으로써 공정한 거래질서를 확립한다는 공익적 차원에 있다고 할 수 있을 것이다.<sup>322)</sup>

한편, 한국의 경쟁법은 사회 정치적 요소를 포함한 다원적 목적을 추구하고 있어 몇몇 선진 외국에서 혹은 어느 학파에서 주장하는 경쟁법 목적에 정도될 필요가 없고, 한국에서 거래상 지위 남용규제가 있음에도 불구하고 거래상 지위 남용문제가 다양하고 빈번히 제기되고 있는 현실에 착안하면, 거래상 지위 남용규제는 한국의 경제·사회적 상황에 맞게 정당성과 정합성을 갖추고 있다고 보는 견해도 있다.<sup>323)</sup> 따라서 한국에서는 거래상 지위 남용규제의 필요성 여부보다 규제기준의 명확성이나 규제의 실효성에 관한 연구가 필요할 것이다.

거래상 지위의 남용과 민사행위 등과의 구별에 관하여, 「불공정거래 행위 심사지침」은 공정거래법 적용대상에 해당할 수 있는 경우와 공정

320) 황태희, “거래상 지위 남용으로서의 불이익 제공행위의 부당성”, 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 서울대학교 경쟁법센터 편저, 법문사, 2010, 289면; 이봉의, “불공정거래행위의 위법성-계약질서의 관점에서”, 「공정거래와 법치」, 권오승 편, 법문사, 2004c, 677면.

321) 한도율, “거래상 지위남용 규제의 의의”, 「기업법연구」, 제29권 제1호(통권 제60호), 2015, 462면.

322) 이봉의, 앞의 논문(2004c), 677면.

323) 김건식·원세범, “거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안”, KOFAIR 연구보고서, 한국공정거래조정원, 2017, 115면; 신영수, “판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리”, 「상사판례연구」, 제28집 제1권, 한국상사판례학회, 2015, 163면.

거래법의 적용대상에 해당하지 않는 경우를 아래와 같이 제시하고 있다.

첫째, 거래개시 단계에서 거래상대방이 자신이 거래할 사업자를 선택할 수 있었는지와 계약내용을 인지한 상태에서 자신의 판단하에 거래를 선택하였는지 여부를 기준으로 한다. 만약 거래상대방이 자신이 거래할 사업자를 여러 사업자 중 선택할 수 있었고 계약내용을 충분히 인지한 상태에서 자신의 판단에 따라 거래를 개시하였고 계약내용대로 거래가 이루어지고 있다면 이는 공정거래법 적용대상(거래상 지위남용)에 해당하지 않는다. 그렇지 아니하고 계속적 거래를 개시하기 위해 특정 사업자와 거래할 수밖에 없는 경우에는 공정거래법 적용대상(거래상 지위남용)에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. (2). (가)].

둘째, 거래계속 단계에서는 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지고 있는지 여부를 기준으로 한다. 사업자가 거래상 지위가 있고 이를 이용하여 각종 불이익을 가한다면 공정거래법 적용대상이 될 수 있다. 그러나, 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 가지지 않는다면 각종 불이익을 가하더라도 이는 공정거래법 적용대상에 해당하지 않는다[심사지침 V. 6. (2). (나)].

셋째, 사업자가 거래상대방에 대해 거래상 지위를 갖는다고 하더라도 양 당사자 간 권리 의무 귀속 관계, 채권·채무 관계(예: 채무불이행, 손해배상청구, 담보권 설정·해지, 지체상금 등) 등과 관련하여 계약서 및 관련 법령 내용 등의 해석에 대해 다툼이 있는 경우에는 공정거래법 적용대상이 되지 않는다[심사지침 V. 6. (2). (다)].

## II. 거래상 지위

판례에 따르면 거래상 지위는 “상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위”<sup>324)</sup>를 의미한



다. 거래상 지위가 있는지 여부는 “당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단”<sup>325)</sup>하여야 한다.

현실의 거래에서 당사자 간에 지위가 완전히 대등한 경우란 생각할 수 없다는 점에서 ‘거래상 지위’는 거래당사자 간에 지배·종속관계가 가능할 정도로 지위에 현저한 격차가 있어야 하는 것으로 엄격하게 해석할 필요가 있을 것이다.<sup>326)</sup>

「불공정거래행위 심사지침」에 따르면, 거래상 지위 남용행위는 거래상 지위가 있는 예외적인 경우에 한하여 민법의 불공정성 판단기준을 사업자 간 거래 관계에서 완화된 것이므로 거래상 지위는 민법이 예상하는 통상적인 협상력의 차이와 비교할 때 훨씬 엄격한 기준으로 판단되어야 한다[심사지침 V. 6. (1)]. 거래상 지위가 인정되기 위해서는 계속적인 거래 관계가 존재하여야 하고, 일방의 타방에 대한 거래의존도가 상당하여야 한다. 계속적 거래 관계 여부는 거래 관계 유지를 위해 특화된 자본설비, 인적자원, 기술 등에 대한 투자가 존재하는지 여부를 중점적으로 검토한다. 거래의존도는 통상 일방 사업자의 전체 매출액에서 타방 사업자에 대한 매출이 차지하는 비중을 중심으로 검토한다[심사지침 V. 6. (3). (가)~(나)]. 계속적 거래관계 및 거래의존도를 판단함에 있어 그 구체적인 수준이나 정도는 시장상황, 관련 상품 또는 서비스의 특성 등을 종합적으로 고려하여 판단한다[심사지침 V. 6. (3). (다)].

거래상 지위가 인정될 가능성이 있는 거래 관계로서 ① 본사와 협력업체 또는 대리점, 대형소매점과 입점업체, 도시가스사와 지역관리소, 제조업체와 부품납품업체, 지역독점적 공공시설 관리업자와 시설임차사업자, 독점적 공공사업자와 계약업체, 방송사와 방송프로그램 공급사업자 등 간 거래관계, ② 거래상대방인 판매업자가 특정 사업자가 공급하는 유명

324) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결.

325) 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결.

326) 이봉의, “공정거래법상 수직적 비가격제한행위의 금지”, 「경쟁저널」, No.104, 한국 공정경쟁연합회, 2004a, 10면.

상표품을 갖추는 것이 사업운영에 극히 중요한 경우 특정 사업자와 판매업자 간 거래관계, ③ 제조업자 또는 판매업자가 사업활동에 필요한 원재료나 부품을 특정 사업자로부터 공급받아야 하는 경우 특정 사업자와 제조 또는 판매업자 간 거래관계 ④ 특정 사업자와의 거래가 장기간 계속되고, 거래관계 유지에 대규모투자가 소요됨으로써 거래상대방이 거래처를 전환할 경우 설비전환이 곤란하게 되는 등 막대한 피해가 우려되는 경우 등이 예시되고 있다[심사지침 V. 6. (3). (라)].

그리고 거래상 지위 남용행위의 거래상대방 범위에는 소비자도 포함할 수 있는지에 관하여, 한국에서 긍정적인 견해와 부정적인 견해가 있다. 부정적인 견해에 따르면, ① 독점규제법 제1조의 소비자 보호는 경쟁의 보호를 통해서 간접적으로 소비자를 보호하는 것으로 보는 것이 타당하다는 점, ② 거래상 지위 남용이라는 개념 자체가 원래 구매 사업자와 공급사업자 사이의 계속적 거래 관계에 착안하여서 구매 사업자가 자신의 구매력에 근거한 우월한 지위를 이용하여 공급사업자에게 불리한 기회주의적 행동을 하는 것을 막기 위해서 등장한 것이라는 점, ③ 소비자·사업자 간 거래에서 발생할 수 있는 거래의 불공정성 문제는 경쟁법이 아니라 약관규제법 등 소비자 보호를 직접 목적으로 하는 개별 법률로 다루는 것이 바람직하다는 점 등을 고려하면, 거래상 지위 남용규제 조항을 소비자·사업자 간 거래에 적용하는 것은 타당하지 않다.<sup>327)</sup>

반면에, 소비자도 거래상 지위 남용행위의 거래상대방이 될 수 있을 뿐만 아니라, 소비자가 갖추고 있는 정보의 크기나 그 수집·처리 능력이 사업자보다 더 부족하기 때문에, 사업자 대 소비자 관계에서 적용되는 위법성 판단기준은 사업자 대 사업자 관계에서 적용되는 위법성 판단기준과 구별되어야 한다는 견해도 있다.<sup>328)</sup>

327) 주진열, “독점규제법상 거래상 지위남용 조항의 적용 범위에 대한 비판적 고찰”, 「고려법학」, 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015b, 214-217면.

328) 강정희, “거래상 지위의 남용행위의 거래상대방에 따른 위법성 판단기준-대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108판결-”, 「경쟁법연구」, 제24권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2011, 250면; 홍대식, “불공정거래행위의 위법성 판단기준에 대한 제검토 : 보다 시장친화적인 기준 정립을 위하여”, 2009년 상반기 LEG 연구보고서, 한국공정거래조

이와 관련하여 대법원이 골프장 회칙 개정 사건에서 중요한 판시를 내린 바 있다. 당해 사건에서, 문제가 된 행위는 한 골프장이 회칙을 평일 회원에게 불리하게 개정한 것이고, 이러한 행위로 인하여 당해 골프장은 약 13억 원의 당기순이익을 달성하였다. 이에 대하여 대법원은 “거래상 지위 남용행위의 상대방이 경쟁자 또는 사업자가 아니라 일반 소비자인 경우에는 단순히 거래관계에서 문제 될 수 있는 행태 그 자체가 아니라, 널리 거래질서에 미칠 수 있는 파급효과라는 측면에서 거래상 지위를 가지는 사업자의 불이익 제공행위 등으로 인하여 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나, 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생할 수 있는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에 한하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 해석함이 타당하다고 할 것이다.”라는 법리를 제시하였다.<sup>329)</sup>

따라서 대법원은 ① 평일 회원들이 불특정 다수의 소비자에 해당한다고 보기 어렵고, ② 행위자뿐 아니라 다른 골프장 경영 회사와 소속 회원들 사이에 이 사건 행위와 유사한 형태의 행위가 계속적·반복적으로 발생할 수 있다는 등 거래질서와의 관련성을 인정할 만한 뚜렷한 자료도 없고, ③ 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 등에 따라 평일 회원들은 이 사건 행위로 인하여 회원 권익에 관한 약정이 변경되었음을 들어 자유로이 탈퇴하고 입회금을 반환받을 수 있으므로, 평일 회원들의 권리에 대한 사법적 보호도 불충분하다고 할 수 없다는 이유로 이 사건 행위는 외형상 거래상 지위 남용행위의 형식적 요건을 갖추었다고 볼 여지는 있지만, 거래질서와의 관련성이 인정되지 아니하므로 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 것으로 보기는 어렵다고 판시하였다.<sup>330)</sup>

### Ⅲ. 거래상 지위 남용행위

---

정원, 2009, 116면.

329) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2012두18325 판결.

330) 같은 판결.

공정거래법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항에서 사업자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "不公正去來行爲"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다고 규정하고 있고, 그중 제4호는 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"이다. 그리고 동 법 같은 조 제3항은 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다고 명시하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조(불공정거래행위의 지정) ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제3항에 따른 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다고 제시하고 있다. 별표 1의2 제6호는 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제, 불이익제공 및 경영간섭을 "거래상 지위의 남용행위"로서 열거하고 있다.

그리고 시행령 제36조 제2항에 근거하여 공정거래위원회는 필요하다고 인정하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 불공정거래행위의 유형 또는 기준을 특정 분야 또는 특정 행위에 적용하기 위하여 세부기준을 정하여 고시할 수 있다.

## 1. 구입강제

구입강제란, 거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역을 구입하도록 강제하는 행위를 말한다(시행령 별표 1의2, 제6호 가목). 구입요청을 거부하여 불이익을 당하였거나 주위의 사정으로 보아 객관적으로 구입하지 않을 수 없는 사정이 인정되는 경우에는 구입강제가 있는 것으로 본다[심사지침 V. 6. 가. (1). (가)]. 구입강제의 상대방은

원칙적으로 사업자에 한정되며, 소비자는 포함되지 않는다. 다만, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생하는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다. 구입이 강제되는 상품 또는 용역은 사업자 자신의 것일 수도 있고, 다른 사업자의 것일 수도 있다[심사지침 V. 6. 가. (1). (나)].

예컨대 ① 합리적 이유 없이 신제품을 출시하면서 대리점에게 재고품 구입을 강요하는 행위, ② 합리적 이유 없이 계속적 거래관계에 있는 판매업자에게 주문하지도 않은 상품을 임의로 공급하고 반품을 허용하지 않는 행위, ③ 합리적 이유 없이 자신과 지속적 거래관계에 있는 사업자에 대해 자기가 지정하는 사업자의 물품·용역을 구입할 것을 강요하는 행위, ④ 합리적 이유 없이 도·소매업자(또는 대리점)에게 과다한 물량을 할당하고, 이를 거부하거나 소화하지 못하는 경우 할당량을 도·소매업자(또는 대리점)가 구입한 것으로 회계 처리하는 행위 등이 구입강제에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 가. (3). (가)~(라)].

대법원의 판시에 따르면, "구입강제에 있어서 '거래상대방이 구입할 의사가 없는 상품 또는 용역'이라 함은 행위자가 공급하는 상품이나 역무뿐만 아니라 행위자가 지정하는 사업자가 공급하는 상품이나 역무도 포함되고, '구입하도록 강제하는 행위'라 함은 상대방이 구입하지 안 할 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것도 포함된다."<sup>331)</sup>

이와 관련하여 종합유선방송사업자인 주식회사 티브로드홀딩스가 방송송출 거래관계에 있던 3개 홈쇼핑사업자에게 자기의 계열회사가 건설 중인 골프장의 회원권을 구입하도록 요청한 행위가 문제된 바 있다. 원심은 ① 이 사건 행위자가 전체 5개 홈쇼핑사업자에 골프장 회원권을 구입할 것을 요청하였지만, 구입하지 아니할 경우 어떠한 불

---

331) 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000두9359 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013두1188 판결 등 참조.

이익을 주겠다는 것을 묵시적으로라도 표시하였다고 볼 수 없는 점, ② 구입요청을 받은 나머지 2개 홈쇼핑사업자가 골프장 회원권을 구입하지 아니하였고, 이로 인하여 불이익을 받지 않은 점, ③ 골프장 회원권을 구입한 3개 홈쇼핑사업자가 방송채널 배정과 송출수수료 책정 등에서 더 많은 이익을 얻고자 하는 경영상의 판단으로 이 사건 골프장 회원권을 구입하였을 가능성이 있는 점 등을 고려하여 당해 행위가 구입강제에 해당할 수 없다고 판단하였다.<sup>332)</sup>

반면에, 대법원은 ① 이 사건 골프장 회원권의 구입을 요청한 이유는 행위자의 계열회사에 대한 자금을 지원할 목적에서 비롯된 것이라고 할 수 있는 점, ② 이 사건 행위는 방송채널 송출계약과 아무런 관련이 없는 것으로서 정상적인 거래 관행과는 거리가 먼 점, ③ 행위자는 위 3개 홈쇼핑사업자에 위와 같은 요청을 하였을 뿐만 아니라 그와 같은 요청을 하면서 서로 경쟁관계에 있던 다른 홈쇼핑사업자에게도 같은 요구를 하였다고 알려줌으로써 위 3개 홈쇼핑사업자로 하여금 사실상 행위자의 요구를 거부할 수 없는 상황을 만들었다고 볼 수 있는 점, ④ 골프 회원권을 구입한 홈쇼핑사업자로서는 행위자의 요청이 없었다고 한다면, 이 사건 골프장 회원권을 분양받을 만한 객관적이고도 합리적인 경영상의 이유는 없었던 점, ⑤ 구입요청을 받았지만, 구입을 하지 않은 2개 홈쇼핑사업자가 행위자로부터 불이익을 입지 아니한 사정이 인정된다고 하더라도, 당해 2개 홈쇼핑사업자는 이 사건 골프장 회원권구입이 사실상 강제된 상황이었음에도 다른 경영상의 이유로 행위자의 요청을 거부하였을 수 있고, 불이익을 입지 않은 다른 이유가 있을 수 있는 점 등을 고려하여 원심판결에는 구입강제 행위의 부당성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기하였다.<sup>333)</sup>

---

332) 서울고법 2012. 12. 12. 선고 2011누42491 판결.

333) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2013두1188 판결.

## 2. 이익제공강요

이익제공강요란, 거래상대방에게 자기를 위하여 금전·물품·용역 기타의 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위를 말한다(시행령 별표 1의2, 제6호 나목). 심사지침에 따르면, 경제상 이익에는 금전, 유가증권, 물품, 용역을 비롯하여 경제적 가치가 있는 모든 것이 포함된다. 계열회사의 거래상 지위를 이용하여 이익제공을 강요하는 행위도 포함된다. 이익제공강요에는 거래상대방에게 경제상 이익을 제공하도록 적극적으로 요구하는 행위뿐만 아니라 자신이 부담하여야 할 비용을 거래상대방에게 전가하여 소극적으로 경제적 이익을 누리는 행위도 포함된다[심사지침 V. 6. 나. (1). (가)]. 이익제공강요의 상대방은 원칙적으로 사업자에 한정되지만, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 행위유형이 계속적·반복적으로 발생하는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에는 소비자도 이익제공강요의 상대방이 될 수 있다[심사지침 V. 6. 나. (1). (나)].

예를 들면, ① 합리적 이유 없이 수요측면에서 지배력을 갖는 사업자가 자신이 구입하는 물량의 일정 비율만큼을 무상으로 제공하도록 요구하는 행위, ② 합리적 이유 없이 사업자가 상품(원재료 포함) 또는 용역 공급업체에 대해 거래와 무관한 기부금 또는 협찬금이나 기타 금품·향응 등을 요구하는 행위, ③ 합리적 이유 없이 회원권 시설 운영자가 회원권의 양도양수와 관련하여 실비보다 과다한 명의 개서료를 징수하는 행위, ④ 합리적 이유 없이 대형소매점 사업자가 수수료매장의 입점업자에 대해 계약서에 규정되지 아니한 입점비, POS 사용료 등 비용을 부담시키는 행위 등이 이익제공강요에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 나. (3)].

규제 실무를 보면, 거래관계에 있는 납품업자들에 대하여 거래상 우월한 지위를 가진 대규모소매점업자가 납품업자로부터 협력사원을 파

건반아 납품한 상품 등의 판매업무에 종사하게 한 행위가 문제된 바 있다. 대법원은 ① 원고(납품업자)가 직매입거래로 납품한 황태포 등은 납품이 완료되어 매입이 확정되면 관리·처분권이 피고(대규모소매점업자)에게로 이전되는 것으로서 그 판매와 관리는 피고의 비용과 책임으로 수행하여야 할 피고의 고유한 업무라고 할 것인 점, ② 원고의 협력사원들이 피고의 영업점에서 황태포를 물에 불린 후 뼈·가시 등을 제거하고 양념하여 판매하거나 그 일부를 즉석에서 구워 시식용으로 제공하는 등의 판촉활동을 한 것이 납품업자가 대규모소매점업자에게 특수한 판매기법 또는 능력을 가진 종업원을 파견하여야 할 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피고는 이들 협력사원을 자신의 매장에서 납품한 상품의 판매와 관계없는 다른 업무를 담당하게 하기도 하였던 점, ③ 원고와 피고 사이에 파견종업원의 파견조건에 관하여 사전에 서면으로 명확히 약정하지도 않았던 점 등을 고려하여 이러한 행위는 피고가 거래상 우월한 지위를 이용하여 거래상대방에게 경제상 이익을 제공하도록 강요하는 행위에 해당한다고 판시하였다.<sup>334)</sup>

보다 최근에도 유제품 등을 제조·판매하는 남양유업 주식회사가 대리점들에 진열판촉사원을 채용하여 대형매장에 파견하도록 하고, 진열판촉사원의 파견으로 인한 매출증가, 대형매장과의 원만한 관계 유지, 적절한 제품관리에 따른 브랜드 및 제품 이미지 제고 등 실질적 이익을 누리면서도 그 대가에 해당하는 진열판촉사원 임금지급 부담은 상당 부분 대리점들에 전가한 행위는 이익제공강요에 해당한다고 인정된 바 있다.<sup>335)</sup>

### 3. 판매목표강제

334) 대법원 2009. 7. 23. 선고 2008다40526 판결.

335) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2017다252987, 252994 판결.



판매목표강제란, 자기가 공급하는 상품 또는 용역과 관련하여 거래 상대방의 거래에 관한 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위를 말한다(시행령 별표 1의2, 제6호 다목). 대상 상품 또는 용역은 사업자가 직접 공급하는 것이어야 한다. 대체로 상품의 경우 판매량의 할당이, 용역의 경우 일정 수의 가입자나 회원확보가 문제된다. 또한, 판매목표 강제에는 대리점계약서에 명시적으로 규정된 경우 뿐만 아니라 계약체결 후 구두로 이루어지는 경우도 포함된다[심사지침 V. 6. 다. (1). (가)].

예컨대 ① 자기가 공급하는 상품을 판매하는 사업자 및 대리점에 대하여 판매목표를 설정하고 미달성 시 공급을 중단하는 등의 제재를 가하는 행위[심사지침 V. 6. 다. (3). (가)], ② 자기가 공급하는 용역을 제공하는 사업자 및 대리점에 대하여 회원이나 가입자의 수를 할당하고 이를 달성하지 못할 경우 대리점계약의 해지나 수수료 지급의 중단 등의 제재를 가하는 행위[심사지침 V. 6. 다. (3). (나)], ③ 대리점이 판매목표량을 달성하지 못하였을 경우 반품조건부 거래임에도 불구하고 반품하지 못하게 하고 대리점이 제품을 인수한 것으로 회계처리하여 추후 대금 지급 시 공제하는 행위[심사지침 V. 6. 다. (3). (다)], ④ 대리점이 판매목표량을 달성하지 못하였을 경우 본사에서 대리점을 대신하여 강제로 미판매 물량을 덤핑 판매한 후 발생 손실을 대리점의 부담으로 하는 행위[심사지침 V. 6. 다. (3). (라)], ⑤ 거래상대방과 상품 또는 용역의 거래단가를 사전에 약정하지 않은 상태에서, 거래상대방의 판매량이 목표에 미달하는 경우에는 목표를 달성하는 경우에 비해 낮은 단가를 적용함으로써 불이익을 주는 행위 등이 판매목표강제에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 다. (3). (마)].

대법원의 판시에 따르면, “‘판매목표강제’에 해당하는지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및

상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부를 판단하여 결정하여야 하고(대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결 참조), '판매목표강제'에 있어서 '목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 행위'에는 상대방이 목표를 달성하지 않을 수 없는 객관적인 상황을 만들어 내는 것을 포함하고, 사업자가 일방적으로 상대방에게 목표를 제시하고 이를 달성하도록 강제하는 경우뿐만 아니라 사업자와 상대방의 의사가 합치된 계약의 형식으로 목표가 설정되는 경우도 포함한다.”<sup>336)</sup>

따라서 종합유선방송사업자(씨제이헬로비전)가 그의 소속 종합유선방송사업자인 가야방송을 통해 협력업체들에 대해 케이블방송 및 인터넷의 신규가입자 유치목표를 설정하고 이를 달성하지 못할 경우 지급할 업무위탁 수수료를 감액하는 행위는 불이익을 주는 방법으로 협력업체들의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위에 해당한 것으로 판단된 바 있다.<sup>337)</sup>

반면에, 자동차를 제조·판매하는 쌍용자동차 주식회사가 대리점에 판매목표 달성을 촉구하거나 차량의 선출고를 요청하는 공문 또는 문자메시지를 보낸 행위에는 강제 조치나 판매목표 미달성에 대한 제재가 없다는 이유로 판매목표강제에 해당하지 않는다고 판단된 바 있다.<sup>338)</sup>

#### 4. 불이익제공

---

336) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108 판결.

337) 같은 판결.

338) 대법원 2011. 6. 9. 선고 2008두13811 판결.

불이익제공이란, 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위를 말한다(시행령 별표 1의2, 제6호 라목). 불이익제공행위의 거래상대방은 원칙적으로 사업자에 한정되며, 소비자는 포함되지 않지만, 불특정 다수의 소비자에게 피해를 입힐 우려가 있거나 유사한 위반행위 유형이 계속적·반복적으로 발생하는 등 거래질서와의 관련성이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다[심사지침 V. 6. 라. (1). (다)].

「불공정거래행위 심사지침」은 불이익제공을 “거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하는 행위”와 “거래상대방에게 거래과정에서 불이익을 주는 행위” 2가지로 나눠서 설명하고 있다[심사지침 V. 6. 라. (1). (가)~(나)].

“거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하는 행위”란, 거래상대방에게 일방적으로 불리한 거래조건을 당초부터 설정하였거나 기존의 거래조건을 불리하게 변경하는 것을 말한다. 거래조건에는 각종의 구속사항, 저가매입 또는 고가판매, 가격(수수료 등 포함) 조건, 대금지급방법 및 시기, 반품, 제품검사방법, 계약해지조건 등 모든 조건이 포함된다[심사지침 V. 6. 라. (1). (가)].

예컨대, ① 계약서 내용에 관한 해석이 일치하지 않을 경우 ‘갑’의 일방적인 해석에 따라야 한다는 조건을 설정하고 거래하는 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (가)], ② 원가 계산상의 착오로 인한 경우 ‘갑’이 해당 계약금액을 무조건 환수 또는 감액할 수 있다는 조건을 설정하고 거래하는 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (나)], ③ 계약 유효기간에 정상적인 거래관행에 비추어 부당한 거래조건을 추가한 새로운 대리점계약을 일방적으로 체결한 행위[심사지침 V. 6. 라. (3). (다)], ④ 계약서상에 외부기관으로부터 계약단가가 고가라는 지적이 있을 경우 거래상대방이 무조건 책임을 지도록 한다는 조건을 설정하고 거래하는 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (라)], ⑤ 계약서에 규정되어 있는 수

수료율, 지급대가 수준 등을 일방적으로 거래상대방에게 불리하게 변경하는 행위[심사지침 V. 6. 라. (3). (마)], ⑥ 계약 기간에 자기의 점포 장기임차인에게 광고 선전비의 부과기준을 일방적으로 상향조정한 행위 등이 "거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하는 행위"에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 라. (3). (바)].

"거래상대방에게 거래과정에서 불이익을 주는 행위"란, 거래조건을 불이행함은 물론 거래관계에 있어 사실행위를 강요하여 거래상대방에게 불이익이 되도록 하는 행위를 말한다. 불이익제공은 적극적으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 하는 행위를 하는 작위뿐만 아니라 소극적으로 자기가 부담해야 할 비용이나 책임 등을 이행하지 않는 부작위에 의해서도 성립할 수 있다. 다만, 불이익이 금전상의 손해인 경우에는 법률상 책임 있는 손해의 존재는 물론 그 손해액까지 명확하게 확정될 수 있어야 하며 그렇지 않을 경우에는 민사절차에 의해 이 문제가 우선적으로 해결되어야 거래상 지위남용 규정을 적용할 수 있다[심사지침 V. 6. 라. (1). (다)].

예를 들면, ① 설계용역비를 늦게 지급하고 이에 대한 지연이자를 장기간 지급하지 않아 거래상대방이 사실상 수령을 포기한 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (아)], ② 하자보수보증금률을 계약금액의 2%로 약정하였으나, 준공검사 시 일방적으로 20%로 상향 조정하여 징수한 행위[심사지침 V. 6. 라. (3). (자)], ③ 반품조건부로 공급한 상품의 반품을 받아주지 아니하여 거래상대방이 사실상 반품을 포기한 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (차)], ④ 사업자가 자기의 귀책 사유로 이행지체가 발생한 경우에도 상당 기간 지연이자를 지급하지 않아 거래상대방이 사실상 수령을 포기한 경우[심사지침 V. 6. 라. (3). (카)], ⑤ 합리적 이유 없이 사업자가 물가변동으로 인한 공사비인상 요인을 불인정하거나 자신의 책임으로 인해 추가로 발생한 비용을 불지급하는 행위[심사지침 V. 6. 라. (3). (타)], ⑥ 자신의 거래상 지위가 있음을 이용하여 거래상대방에 대해 합리적 이유 없이 거래거절을 하여 불이

익을 주는 행위 등이 법 위반에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 라. (3). (과)].

대법원의 판시에 따르면, "불이익제공행위의 불이익에 해당하기 위해서는, 그 행위의 내용이 상대방에게 다소 불이익하다는 점만으로는 부족하고, 구입강제, 이익제공강요, 판매목표강제 등과 동일시할 수 있을 정도로 일방 당사자가 자기의 거래상 지위를 부당하게 이용하여 그 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 준 것으로 인정되어야 한다. 또한 거래상 지위를 부당하게 이용하여 상대방에게 불이익을 준 행위인지 여부는 당해 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등과 같은 구체적 태양과 상품의 특성, 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 우월적 지위의 정도 및 상대방이 받게 되는 불이익의 내용과 정도 등에 비추어 볼 때 정상적인 거래 관행을 벗어난 것으로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는지 여부에 따라 결정되어야 한다."<sup>339)</sup>

규제 실무에서, 신용카드업을 영위하는 시중은행(국민은행)이 자신과 가맹점 공동이용 등 업무제휴계약을 맺고 있는 제휴은행들에게 자신의 가맹점에 적용되는 수수료율을 동일하게 적용하도록 하고 이에 따르지 않을 경우 업무제휴계약을 해지할 수 있다고 통보하여 제휴은행들로 하여금 가맹점 수수료율을 변경하도록 한 행위가 '불이익제공 행위'에 해당한다고 본 사례가 있다. 이 사건에서 대법원은 ① 원고(국민은행)가 거래상대방인 제휴은행들이 신용카드업을 영위하는 데 있어서 핵심적인 경쟁수단인 가맹점 수수료율과 대금지급주기를 제한하는 것은 신용카드업 시장에서 제휴은행들의 경쟁력을 크게 제한한다는 점에서 이러한 행위가 제휴은행들에 불이익을 제공하는 행위에 해당하는 점, ② 가맹점 수수료율이나 대금지급주기와 같은 경쟁수단이 현저히 제한될 경우 그 거래상대방은 경쟁열위의 상태를 벗어나기 어렵고, 가맹점 수수료율이나 대금지급주기를 원고와 같이 제한하지

339) 대법원 2006. 3. 10. 선고 2002두332 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두7859 판결, 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015두59686 판결 등 참조.

않더라도 원고의 가맹점이 잠식될 우려는 크지 않다고 보이는 점, ③ 원고의 이 사건 업무제휴계약의 주된 목적이 제휴은행들의 신용카드 회원들이 원고의 가맹점에서 일으킨 매출에 대한 가맹점 수수료 중 회원사 보전수수료를 공제한 나머지 30%의 수익에 있었으리라고 보이는 점, ④ 제휴은행들의 가맹점 수수료율의 인하로 인한 회원사 보전수수료의 차이는 제휴은행들의 경쟁력을 근본적으로 제한하는 원고와 같은 방법이 아니더라도 다른 방법을 통하여 해소할 수도 있다고 보이는 점 등을 들어, 원고가 제휴은행들에게 자기의 가맹점에 적용되는 수수료율을 일괄적으로 동일하게 적용하도록 하고 이를 따르지 않을 경우 업무제휴계약을 해지할 수 있다고 통보함으로써 제휴은행들로 하여금 가맹점 수수료율을 변경하도록 한 행위는 제휴은행들의 시장에서의 경쟁력을 필요 이상으로 제한하는 것으로서 정상적인 거래관행을 벗어나 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 부당한 행위라고 판단하였다.<sup>340)</sup>

보다 최근에 주식회사 카페베네가 주식회사 케이티와의 제휴계약으로 부담하여야 할 제휴비용을 가맹점 사업자가 부담하도록 한 행위가 문제된 바 있다. 법원은, ① 가맹본부와 가맹점사업자는 가맹사업의 유지·발전이라는 공동의 이해관계 달성을 위한 지원 및 협력차원에서 여러 광고·판촉활동을 하는 것이므로, 위 활동으로 인한 비용분담이 ‘불이익제공행위’에 해당하려면 특정 광고·판촉활동을 개별적으로 살펴 보기보다는 가맹본부와 가맹점사업자의 전체적인 부담정도를 살펴 종합적으로 판단하는 것이 현실과 부합된다고 할 것인 점, ② 원고(주식회사 카페베네)의 가맹조직의 지속적인 성장과 수익성 확보를 위하여 판매촉진활동의 일환으로서 이 사건 제휴행사를 시행할 필요성이 있었다고 보이는 점, ③ 원고는 이 사건 제휴행사를 시행하기 전에 정보공개서를 수정하여 가맹점사업자들이 이 사건 제휴비용을 부담하는 근거를 마련한 한편, 기존에 가맹점사업자가 부담하던 원고 회원(멤버십)에 대한 판매금액의 2% 상당의 적립포인트에 대한 비용을 대신

---

340) 대법원 2006. 6. 29. 선고 2003두1646 판결.

부담하였는바, 이 사건 제휴계약으로 인하여 가맹점사업자가 원래 부담하였어야 하는 비용을 고려하면 이 사건 행위로 인하여 가맹점사업자가 추가로 부담하게 된 비용은 판매금액의 5% 중 원고가 부담하여야 할 절반인 2.5%이어서 원고가 가맹점사업자를 대신하여 부담하게 된 판매금액의 2% 상당의 적립포인트와 거의 차이가 없고, 전체 휴대폰 이용자 중 케이티 이용자는 30% 정도이며, 이 사건 제휴행사로 인한 가격 할인으로 매출이 증대하는 효과를 함께 고려하면 이 사건 행위가 가맹점사업자에게 경제적으로 불이익하다고 단정 짓기 어려운 점, ④ 원고는 케이티와 이 사건 제휴계약을 체결하기 이전부터 가맹점사업자들로 하여금 이 사건 제휴행사에 참여할 것을 유도하여 왔고, 이 사건 제휴행사에 참여하지 않겠다는 1개의 가맹점사업자 이외에 다른 가맹점사업자들로부터 개별적으로 제휴서비스와 관련한 계약서를 취합하였으며, 이 사건 제휴행사를 시행하기 전 일괄적으로 공문을 보내는 등 원고의 자체적인 절차를 거쳐 이 사건 제휴계약을 이행하였고, 앞서 본 바와 같이 원고가 가맹점사업자가 부담하였던 적립포인트 비용을 대신 부담함으로써 이 사건 행위가 가맹점사업자의 입장에서 경제적으로 불이익하다고 보기 어렵다는 점을 더하여 보면 피고(공정거래위원회)가 제출한 증거만으로는 원고가 자신의 우월적 지위를 남용하여 가맹점사업자들로부터 개별 동의 받았거나 강압적으로 동의서를 징구하였다고 인정하기 부족한 점, ⑤ 그 외에 이 사건 행위로 개별 가맹점사업자의 매출 또는 순익 감소 등의 손실이 발생하였음을 인정할 아무런 자료가 없다는 점 등 제반 사정들을 종합적으로 고려하여 원고가 가맹점사업자로 하여금 이 사건 제휴비용의 절반을 부담하게 한 행위를 두고 원고가 거래상 지위를 부당하게 이용하여 거래상대방에게 불이익을 제공한 행위에 해당한다고 할 수 없다고 판단하였다.<sup>341)</sup>

341) 서울고등법원 2015. 11. 12. 선고 2014누67712 판결; 대법원 2018. 11. 9. 선고 2015두59686 판결.

## 5. 경영간섭

경영간섭이란, 거래상대방의 임직원을 선임·해임함에 있어 자기의 지시 또는 승인을 얻게 하거나 거래상대방의 생산품목·시설규모·생산량·거래내용을 제한함으로써 경영활동을 간섭하는 행위를 말한다(시행령 별표 1의2, 제6호 마목). 예컨대, ① 합리적 이유 없이 대리점의 거래처 또는 판매내역 등을 조사하거나 제품광고시 자기와 사전합의 하도록 요구하는 행위, ② 금융기관이 채권회수에 아무런 곤란이 없음에도 불구하고 자금을 대출해준 회사의 임원선임 및 기타 경영활동에 대하여 간섭하거나 특정 임원의 선임이나 해임을 대출조건으로 요구하는 행위, ③ 상가를 임대하거나 대리점계약을 체결하면서 당초 계약내용과 달리 취급품목이나 가격, 요금 등에 관하여 지도를 하거나 자신의 허가나 승인을 받도록 하는 행위, ④ 합리적 이유 없이 대리점 또는 협력업체의 업무용 차량 증가를 요구하는 행위 등이 경영간섭에 해당할 수 있다[심사지침 V. 6. 마. (3). (가)~(라)].

실무를 보면, 한국도로공사가 고속도로상의 주유소에 관한 운영계약에서 그 유류 공급 정유사를 임대인인 한국도로공사가 지정하기로 약정한 행위가 문제된 바 있다. 서울고등법원은, 피고(한국도로공사)가 원고(주식회사 우림석유)와 사이에 고속도로상의 이 사건 주유소에 관한 운영계약을 체결하여 오면서 그 운영계약상의 약정에 기하여 유류 공급 정유사를 피고가 지정하였다고 하더라도 이는 고속도로상의 주유소가 가지는 특성을 고려하여 노선별로 유류 공급 정유사를 안배함으로써 고속도로 이용객들의 선택권을 보장하기 위한 것일 뿐만 아니라 구체적인 운영계약 체결에 있어서도 피고의 공급 정유사 지정에 관한 사항을 사전 명시한 상태에서 계약체결에 이르렀던 것이므로, 피고에 의한 이러한 공급 정유사의 지정은 불공정거래행위에 해당하지 않는다는 취지로 판결을 내렸다.<sup>342)</sup>



대법원은 먼저 공정거래법 제23조 제1항 제4호와 공정거래위원회 고시에서 불공정거래행위의 한 유형으로 규정하고 있는 거래상대방에 대한 소정의 경영간섭 행위는 그 규제의 목적과 당해 규정의 내용 등에 비추어 볼 때 문제된 행위의 의도와 목적, 효과와 영향 등 구체적 태양과 거래 상품의 특성, 유통 거래의 상황, 해당 사업자의 시장에서의 지위 등에 비추어 우월적 지위의 남용행위로 인정되어야 한다는 법리를 제시하였다. 이러한 법리를 전제로 대법원은 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 고속도로상의 주유소가 가지는 진출입 제한이라는 장소적 특성과 유류라는 거래 상품 및 그 관련 시장의 상황과 특성, 고속도로상 주유소의 설치와 관리 주체인 피고가 개별 주유소에 관한 운영계약을 체결하게 된 경위 등을 고려할 때, 피고가 원고와 체결한 이 사건 주유소에 관한 운영계약에서 그 유류 공급 정유사를 피고가 지정하는 것이 우월적 지위의 남용행위로서의 경영간섭에 해당한다고 할 수가 없다고 판시하였다.<sup>343)</sup>

#### IV. 공정거래 저해성

공정거래법 제23조 제1항에서 사업자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(“불공정거래행위”)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 안 된다고 규정하고 있고, 그중 제4호는 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위이다. 따라서 “자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위”는 불공정거래행위의 하나로서 “공정한 거래를 저해할 우려”가 있어야 공정거래법 제23조에 근거하여 금지될 수 있다.

342) 서울고법 1999. 5. 18. 선고 98나62031, 62048 판결.

343) 대법원 2000. 10. 6. 선고 99다30817,30824 판결.

한국 학계에서는 대체로 이른바 “공정한 거래를 저해할 우려”, 즉, 공정거래저해성을 자유경쟁 기반의 침해의 관점에서 설명하고 있다.<sup>344)</sup> 시장에서의 경쟁은 그 기반으로 경제활동의 자유와 건전한 거래질서가 보장되어야 한다.<sup>345)</sup> 따라서 공정거래법은 경쟁과의 관련성이 상대적으로 적은 거래행위에 대하여도 불공정거래행위로서 규제하고 있다. 불공정거래행위에 대한 규제는 시장지배적 지위의 형성이나 부당한 공동행위의 성립 가능성을 사전에 방지한다는 보완적이나 예방적 기능을 수행한다고 할 수 있다.<sup>346)</sup>

「불공정거래행위 심사지침」에 따르면, ‘공정거래저해성’에는 경쟁제한성과 불공정성이 포함된다[Ⅲ. 1. (2). (나)]. 불공정성에는 경쟁수단의 불공정성과 거래내용의 불공정성이 포함된다. 거래내용의 불공정성이란 거래상대방의 자유로운 의사결정을 저해하거나 불이익을 강요함으로써 공정거래의 기반이 침해되거나 침해될 우려가 있음을 의미한다[Ⅲ. 1. (2). (라)].

구체적으로 거래상 지위 남용행위의 위법성을 판단함에 있어서는, ① 거래상 지위의 존재 여부, ② 거래내용의 불공정성 존재 여부, ③ 합리성이 존재 여부를 종합적으로 고려하여 판단한다[심사지침 V. 6. (4). (가)]. 거래내용의 공정성 여부는 당해 행위를 한 목적, 거래상대방의 예측가능성, 당해 업종에서의 통상적인 거래관행, 관련법령 등을 종합적으로 고려하여 판단한다[심사지침 V. 6. (4). (다)]. 합리성이 있는 행위인지 여부는 당해 행위로 인한 효율성 증대효과나 소비자후생 증대효과가 거래내용의 불공정성으로 인한 공정거래저해 효과를 현저히 상회하는지 여부, 기타 합리적인 사유가 있는 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 다만, 거래상지위 남용행위의 속성상 제한적으로 해석함을 원칙으

344) 신현윤, 앞의 책, 294면; 이봉의, “거래상 지위남용으로 불이익제공의 부당성”, 「경쟁저널」, 제94호, 공정경쟁연합회, 2003b, 29면.

345) 권오승 외7인, 앞의 책, 210면(홍대식 집필 부분).

346) 권오승 외7인, 앞의 책, 210면(홍대식 집필 부분); 홍대식, “우월적 지위의 남용행위의 위법성 판단기준-대상판결: 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결[공2000. 8. 1., 1657]-”, 「경쟁법연구」, 제7권, 한국경제법학회, 법문사, 2001, 298면.

로 한다[심사지침 V. 6. (4). (라)].

그러나 종래의 실무는 거래상 지위 남용행위를 규제함에 있어서 거래 내용이 다소 불이익한 정도를 넘어서는 정도로 불공정하다는 점이 인정되면 그것이 사회 전체의 거래질서에 어떠한 영향을 미치는지를 별도로 검토하지 않았던 것으로 보는 견해가 있다.<sup>347)</sup>

반대로 일반적으로 거래상 지위 남용문제가 된 거래가 '1:1' 거래가 아니라 상대적으로 우월적 지위에 있는 사업자와 다수의 작은 사업자 간 '1:N'의 거래인 경우와 불연속적인 일회성 거래가 아니라 사업자의 영업 정책을 기초로 반복되는 장기 계속적 거래관계의 경우에 해당하기 때문에, 거래질서 차원의 성격이 강하다고 보는 견해도 있다.<sup>348)</sup>

## V. 소결

한국의 법규와 규제 실무에 비추어 보면, 사업자가 거래상 우월적 지위가 있음을 이용하여 열등한 지위에 있는 거래상대방에 대해 일방적으로 물품 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하므로 금지된다[심사지침 V. 6. (1)]. 거래상 지위는 계속적인 거래 관계의 존재 여부와 일방의 타방에 대한 거래 의존도에 따라 판단하는 것이다[심사지침 V. 6. (3). (가)~(나)]. 거래상 지위 남용행위의 위법성은 경쟁제한성에서 찾는 것이 아니라 공정한 거래질서의 저해에서 찾는 것이다.

중국 학계에서 '거래상 지위' 남용은 새로운 법리로서 도입할 필요가

---

347) 이민호, “거래상 지위의 남용행위와 거래질서”, 「경쟁법연구」, 제34권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016, 259면.

348) 한철수, 「공정거래법-시장과 법원리(증보판)」, 한국공정경쟁연합회, 2017, 442면.

없고 시장지배적 지위와 거래상 지위에는 본질적인 차이가 없고, 거래상 지위나 시장지배적 지위나 모두 지배적 지위의 표현형식에 불과하다는 견해도 있고,<sup>349)</sup> 기존의 시장지배적 지위 남용의 틀 아래서 관련시장의 적절한 획정을 통해서 거래상 지위 남용을 다분히 규제할 수 있다고 보는 견해도 있다.<sup>350)</sup> 예컨대, 특정한 브랜드의 자동차 제조사와 정비업체의 관계에서, 정비업체의 입장에서 거래처전환의 어려움을 고려하여 관련시장을 좁게 획정하는 경우 제조사의 거래상 지위는 시장지배적 지위에 해당할 수 있을 것이다.<sup>351)</sup>

그러나 제조사와 전속 대리판매점이나 전속정비업체의 거래 관계에서, 전속 대리판매점이나 전속정비업체의 입장에서 전환 가능성에 근거하여 관련시장을 획정한다면, 결국 제조사의 시장점유율은 100%가 될 수밖에 없을 것이고, 이를 근거로 언제나 시장지배적 지위 남용을 문제 삼게 되는 오류에 빠지게 될 것이다.<sup>352)</sup> 브랜드 내의 경쟁제한이란 사실상 거래상 지위 남용의 성격을 갖는 경우가 많을 것이다.<sup>353)</sup>

거래상 지위가 존재하는지에 대한 판단은 시장지배적 지위의 인정과 달리 독과점적 시장구조와 무관하게 거래관계에서 경제력의 차이에 착안점을 두고 있다.<sup>354)</sup> 그리고 거래상 지위 남용행위 위법성의 인정도 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단기준과 달리 관련시장에서의 경쟁제한성을 요하지 않는다.<sup>355)</sup> 결론적으로 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 규제목적이 서로 다르므로, 양 지위의 인정기준도 다르고, 양 지위 남용의 위법성 판단기준도 서로 다르다. 따라서 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용은 서로 구별된 개념이다.

---

349) 許光耀, 앞의 논문, 43면.

350) 王曉暉, 앞의 논문, 81면; 朱理, 앞의 논문, 33-34면.

351) 王曉暉, 앞의 논문, 81면.

352) 이봉의, 앞의 논문(2017), 166-167면.

353) 이봉의, 같은 논문(2017), 167면.

354) 이봉의, 앞의 논문(2003b), 25면.

355) 이봉의, 앞의 논문(2004c), 676면.

## 제5장 중국 남용규제의 개선방안

중국 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단과 관련된 문제점이나 쟁점은 대체로 아래와 같은 세 가지로 귀납할 수 있다. 첫째, 관련시장을 명확하게 확정하지 않고 경쟁제한효과의 발생 여부로부터 행위의 위법성과 행위자의 시장지위를 판단하는 접근방법의 허용, 둘째, 착취남용과 방해·배제남용을 구별 없이 모든 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 “경쟁을 배제·제한”에서 찾는 경향 및 “경쟁을 배제·제한”을 판단함에 있어서 접근방법 일관성의 결여, 셋째, 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 관계를 둘러싼 논란이다. 본 논문은 한국에서의 관련 판례, 논의로부터 얻은 시사점을 참고하여 중국 시장지배적 지위 남용규제의 개선방안을 아래와 같이 제시한다.

### Ⅰ. 시장지배적 지위 남용 주체 법리의 확립

반독점법 제3장(시장지배적 지위 남용) 제17조 제1항은 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 안 된다고 규정하고 있고, 제1호 내지 제7호는 총 7가지의 행위유형을 열거하고 있다. 그리고 반독점법 제17조 제2항에 따르면, 시장지배적 지위란, 사업자가 관련시장에서 상품의 가격, 수량이나 기타 거래조건을 결정하거나 기타 사업자의 시장진입을 방해할 수 있는 능력을 갖춘 시장 지위를 말한다. 따라서 시장지배적 지위 남용을 판단함에 있어서는 관련시장을 확정하여야 할 것이다. 그러나 최고인민법원은 치후 v. 텐센트 판결에서 관련시장을 명확하게 확정하지 않더라도 경쟁제한에 관한 직접적인 증거를 통해서 행위자의 시장지위와 행위의 효과를 평가할 수 있다고 판시한 바 있다.

위와 같은 판시가 후속 판결에서 인용되고 있다. 예컨대, 동화 v. 통신사 사건에서 상해지방법원은 당해 판시를 인용하면서 피소 행위로 인하여 경쟁제한효과의 발생 여부가 명백한 경우 관련시장을 명확하게 확정할 필요가 없다고 제시한 바 있고, 최고인민법원은 이러한 접근방법에 대하여 수긍한 태도를 취하였다.

그러나 시장지배적 지위 남용행위를 규제함에 있어서는 관련시장의 확정, 시장지배적 지위의 인정, 남용 여부의 판단을 차례대로 진행할 필요가 있을 것이다. 동일한 행위라도 행위자가 시장지배적 지위를 갖고 있는지 여부에 따라서 경쟁정책적 평가가 다르게 나타날 수 있기 때문이다.<sup>356)</sup> 그리고 시장지배적 지위가 소재한 시장과 경쟁을 배제·제한하는 효과("경쟁제한효과")가 발생하는 시장이 동일하지 않을 수 있고, 경쟁제한효과를 판단할 때도 관련시장을 확정할 필요가 있다.<sup>357)</sup> 경쟁제한효과가 발생한 범위를 기준으로 관련시장을 확정한다면 그러한 관련시장에서 경쟁제한효과가 언제나 인정되는 불합리가 발생할 수 있다.<sup>358)</sup> 또한, 시장지배적 지위 남용행위와 경쟁제한효과 사이에 인과관계가 있어야 하는데, 경쟁제한효과가 실제로 발생 여부는 남용행위 이외에 다른 여러 측면에서 영향을 받을 수 있다.<sup>359)</sup> 경쟁제한효과가 발생하지 않았다는 이유로 시장지배적 지위의 존재를 부정하거나 남용행위의 위법성을 부정하는 것이 바람직하지 않을 것이다.

따라서 최고인민법원이 제시한 법리, 즉, 경쟁제한효과의 발생 여부로부터 행위자의 시장지위와 행위의 위법성을 판단한다는 법리는 민사손해배상소송에서, 원고가 피소 행위의 위법성을 입증할 수 없는 경우 법원이 관련시장이나 시장지배적 지위를 검토하지 않고 원고의 청구를 기각할 수 있다는 의미로 해석할 필요가 있을 것이다.

---

356) 홍명수, 앞의 책(2008), 114면.

357) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 308-309면; 홍명수, 앞의 책(2013), 121면; 이봉의, 앞의 논문(2017), 156-157면.

358) 홍대식·정성무, 앞의 논문, 330면.

359) 참고: 한도율, 앞의 논문(2018), 132-133면.

## II. 착취남용의 위법성 판단기준의 정립

현재 반독점법 제1장 총칙에 있는 제6조, 즉, 시장지배적 사업자는 시장지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다는 조항 때문에, 중국의 법원과 반독점집행기구도 착취남용행위와 방해·배제남용행위를 구별하지 않고 “경쟁을 배제·제한”에서 시장지배적 지위 남용행위의 위법성을 찾는 경향이 있다. 따라서 규제 실무에서 경쟁을 방해나 배제하는 효과를 판단함에 있어서 접근방법의 불일관성이 나타난 것으로 보인다.

한국에서의 관련 규제 실무와 이론에 비추어 보면, 착취남용과 방해·배제남용을 구별할 실익이 위법성 판단기준의 차이에 있다. 착취남용의 규제목적은 개별 소비자나 거래상대방의 이익을 직접 보호하는 데에 있는 것이 아니라, 독과점시장에서 시장지배적 사업자의 과도한 독점적 이익 실현행위로부터 경쟁시장에서 누릴 수 있는 거래상대방의 이익을 보호하고자 하는 데에 있다.<sup>360)</sup> 착취남용행위는 오히려 경쟁사업자에게 고객을 보내는 효과가 있어서 경쟁사업자에게 유리하고 경쟁을 촉진할 수 있기 때문에, 착취남용행위는 일반적으로 독과점이 고착되고 신규진입이 용이하지 않은 시장에서 발생할 것이다. 따라서 착취남용행위의 위법성은 “경쟁을 배제·제한”에서 찾기 어렵고 시장지배적 사업자의 독점적 이익의 과도한 실현이나 거래상대방 이익의 현저한 저해에서 찾아야 한다.

중국에서 법령에 근거한 독점적 사업자가 거래상대방을 착취하는 현상이 만연해 있고, 개별 소비자가 대기업을 상대로 제기한 민사소송이 전체 반독점 민사소송에서 상당한 비중을 차지하고 있다. 이러한 현실을 감안할 때, 착취남용을 규제할 필요성이 있다. 중국의 법원과 반독점집행

---

360) 참고: 대법원 2010. 5. 27. 선고 2009두1983 판결.

기구는 실무에서 착취남용이라는 용어를 사용한 바 없지만, 사실상 소비자 이익을 저해하는 행위를 규제하고 있을 뿐만 아니라, 소비자 이익 저해의 현저성을 검토하고 있는 것으로 보인다.

예컨대, 오효진 v. 방송국 사건에서 기본시청료와 유료 패키지의 묶음 판매행위는 법령에 근거한 독점사업자(시장점유율 100%)의 행위이며, 당해 행위는 사실상 소비자에게 선택지를 제공하지 않은 행위로서, 관련시장에서 모든 소비자의 선택권을 완전히 박탈하는 효과를 초래할 수 있다. 이러한 행위로 인하여 소비자는 구매 의사에 유무와 상관없이 유료 패키지를 구매할 수밖에 없게 돼서 선택권 침해의 현저성이 인정될 수 있을 것이다. 최고인민법원은 기본시청료와 유료 패키지의 요금을 묶어서 부과하는 행위가 객관적으로 소비자가 다른 사업자의 유료 패키지 서비스의 선택에 부정적인 영향을 미칠 수 있고, 다른 사업자의 시장진입을 방해할 수 있어서 시장경쟁에 부정적 효과가 있다고 판시하였지만, 이러한 판단은 실증적인 증거 없이 막연한 추론에 불과하다.

한편, 치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 “양자택일”행위가 소비자에게 단순히 “불편”을 끼쳤지만, 소비자 이익의 현저한 저해를 초래하지 않았다고 판시한 바 있다. 그 이유는 메신저 시장과 백신 프로그램 시장에서 모두 충족한 대체품이 존재한다는 상황에서 비롯된 것이다. 치후 v. 텐센트 사건과 오효진 v. 방송국 사건의 서로 다른 판결 결과를 대조해보면, 소비자 선택권 저해의 현저성을 인정함에 있어서는 관련시장에서 경쟁이 존재하는지 여부가 중요한 역할을 한 것으로 보인다.

그리고 치후 v. 텐센트 사건에서 최고인민법원은 메신저와 백신 소프트웨어의 패키지 설치행위의 강제성을 부정한 바 있는데, 그 이유는 소비자가 소프트웨어를 패키지로 설치한 다음에 원하지 않은 부상품을 손쉽게 제거할 수 있다는 점에서 비롯된 것이다. 이럴 때 소비자가 여전히 다른 백신 프로그램을 선택할 수 있기 때문에, 패키지 설치행위는 소비자의 선택권을 완전히 박탈할 효과를 초래할 우려가 있다고 보기 어려울 것이다.



결국, 관련시장에서 경쟁이 있는지, 소비자의 선택권이 완전히 박탈될 정도에 이르렀는지는 치후 v. 텐센트 사건과 오호진 v. 방송국 사건의 다른 판결 결과를 초래한 것으로 볼 수 있다. 따라서 착취남용행위의 실효 있는 규제와 법의 예측가능성을 제고하기 위해서 착취남용의 위법성 판단기준을 밝힐 필요가 있다.

착취남용의 위법성 판단기준을 정립함에 있어서는 한국 대법원의 판시를 참고할 수 있다. 즉, “소비자의 이익을 ‘현저히’ 저해할 우려가 있는지는 당해 상품이나 용역의 특성, 이익이 저해되는 소비자의 범위, 유사 시장에 있는 다른 사업자의 거래조건, 거래조건 등의 변경을 전후한 시장 지배적 사업자의 비용 변동 정도, 당해 상품 또는 용역의 가격 등과 경제적 가치와의 차이 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다.”<sup>361)</sup>

### III. 방해·배제남용의 위법성 판단기준의 정립

중국최고인민법원은 동화 v. 통신사 사건에서 행위자의 경쟁상의 우위의 강화와 경쟁자 경쟁능력의 방해 및 시장에서 경쟁상황의 악화와 소비자 선택 여지의 결여를 이른바 ‘경쟁을 배제·제한하는 효과’의 판단기준으로 제시한 바 있다. 그러나 법원과 반독점집행기구의 실무에서 경쟁제한효과를 판단함에 있어서 접근방법의 일관성이 없어 보인다. 법원과 반독점집행기구는 구체적으로 관련시장에서 행위자와 경쟁사업자의 시장점유율 변화, 시장진입상황, 시장경쟁의 치열한 정도 등을 검토하여 특정행위의 위법성을 판단한 경우도 있고, 행위 자체의 불공정성으로부터 위법성을 도출한 경우도 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 경쟁제한효과의 판단기준에 관한 보다 구체적인 고려요소를 명시할 필요가 있다.

---

361) 대법원 2010. 2. 11. 선고 2008두16407 판결.

한편, 한국 공정거래위원회는 그동안 실무에서 적용된 경쟁제한효과의 판단기준을 체계적으로 정리하고 「시장지배적 지위 남용행위 심사기준(“심사기준”)」에서 반영하였다. 심사기준에는 경쟁제한효과의 판단요소와 관련된 예시를 같이 제시하고 있다. 향후 중국 반독점집행기구가 시장지배적 지위 남용행위 규제에 관한 심사기준을 제정할 때 한국 공정거래위원회의 심사기준을 참고하여 경쟁제한효과의 판단요소와 관련된 예시를 같이 제시하는 것이 바람직할 것이다.

구체적으로 한국 공정거래위원회의 심사기준에는 ① 가격상승 또는 산출량 감소, ② 상품·용역의 다양성 제한, ③ 혁신 저해, ④ 봉쇄효과 ⑤ 경쟁사업자의 비용 상승 효과, 총 다섯 가지 경쟁제한효과를 예시하고 있다. 그리고 여기서 예시하고 있는 경쟁제한효과는 예시에 불과하고 여기에 포함되어 있지 않은 경쟁제한효과도 고려할 수 있으며[심사기준 IV. 6. 가. (1)], 경쟁제한효과를 판단함에 있어서는 일정한 거래분야에서 시장지배적 지위 남용 혐의 행위가 없었을 경우의 시장상황과 비교하거나, 유사시장 또는 인접시장과 비교하는 방법을 활용할 수 있다[심사기준 IV. 6. 가. (2)]. 또한, 이 심사기준에서 예시하는 판단요소는 상호 배타적이지 않다. 즉, 여러 경쟁제한효과 또는 그 우려가 동시에 발생할 수도 있고, 어느 한 판단요소가 다른 판단요소의 원인 또는 결과가 될 수도 있다. 예를 들면, 소비자가 구매할 수 있는 상품·용역의 다양성 감소는 결국 일정한 거래분야에서 경쟁의 압력을 저하시켜 가격상승 또는 산출량 감소를 초래할 수 있다[심사기준 IV. 6. 가. (3)].

“가격상승 또는 산출량 감소” 효과를 판단함에 있어서는, 일정한 거래분야에 속한 상품·용역 또는 직·간접적으로 영향을 받는 인접시장에 속한 상품·용역의 가격이 상승하거나 산출량이 감소할 우려가 있는지 또는 이러한 현상이 당해 행위로 인하여 실제 발생하고 있는지 여부를 고려한다[심사기준 IV. 6. 나. (1)]. 가격상승 또는 산출량 감소의 효과가 시장에 실제 나타나기까지는 상당한 기간(산업 또는 위반행위의 특성 등에 따라 상이함)이 소요되는 것이 일반적이라는 점을 고려한다[심사기준 IV. 6.

나. (2)]. 가격상승 또는 산출량 감소효과는 아래에서 설명하는 봉쇄효과, 경쟁자 비용 상승 등 다른 경쟁제한효과의 궁극적 결과일 수 있다[심사기준 IV. 6. 나. (3)].

"상품·용역의 다양성 제한" 효과를 판단함에 있어서는, 시장지배적 사업자가 공급하는 제품과 경쟁관계(잠재적 경쟁관계를 포함한다) 또는 보완관계에 있는 저렴한 상품·용역을 구매할 기회가 제한되는 등 다양한 상품·용역을 구매할 기회가 제한 또는 축소되는지 여부를 고려한다[심사기준 IV. 6. 다. (1)]. 당해 행위로 인해 유력한 경쟁사업자의 수가 감소하는 경우에도 구매자가 선택할 수 있는 상품·용역의 다양성이 저해되는 결과를 초래할 수 있다[심사기준 IV. 6. 다. (2)]. 상품·용역의 다양성 제한은 혁신 저해 등 다른 경쟁제한효과의 궁극적인 결과일 수 있다[심사기준 IV. 6. 다. (3)].

예를 들면, 시장지배적 사업자가 대형마트와 배타적 거래 계약을 체결함으로써 경쟁사업자가 시장지배적 사업자보다 상대적으로 저렴한 키워드를 대형마트에서 판매하지 못하도록 하여, 대형마트를 이용하는 소비자들이 구매할 수 있는 키워드의 다양성을 제한한 경우에 "상품·용역의 다양성 제한" 효과가 있는 것으로 인정할 수 있다.

"혁신 저해" 효과를 판단함에 있어서는, 소비자에게 유익한 기술·연구·개발·서비스·품질 등의 혁신 유인을 저해하는지 여부를 고려한다[IV. 6. 라. (1)]. 혁신 저해는 봉쇄효과, 경쟁자의 비용상승 등 다른 경쟁제한효과의 궁극적인 결과일 수 있다[심사기준 IV. 6. 라. (2)].

여기서 PC운영체제 시장의 시장지배적 사업자가 PC운영체제와 별개 제품인 응용소프트웨어 프로그램을 PC운영체제에 결합하여 판매함으로써, 독립 응용소프트웨어 프로그램 개발자들의 소프트웨어 개발 유인을 축소시킨 경우가 예시되고 있다.

"봉쇄효과"를 판단함에 있어서는, 경쟁사업자의 시장진입 내지 확대 기회가 봉쇄되거나 또는 봉쇄될 우려가 있는지 여부를 고려한다. 경쟁사업

자에 대한 봉쇄효과는 유력한 경쟁사업자의 수를 감소시키고, 시장지배적 사업자에 대한 경쟁의 압력을 저하시켜 결과적으로 가격상승, 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해 등의 경쟁제한효과를 초래할 수 있다. 이때 봉쇄효과의 크기를 판단함에 있어서는, 당해 행위로 특정 시점에서 경쟁사업자의 접근이 차단 또는 곤란해진 정도와 함께, 당해 봉쇄효과가 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자를 포함한다)의 성장 및 신규 진입에 미칠 중요성, 시장점유율 변화 추이, 다른 사업자와 거래 시 평판에 미칠 영향 등 동태적 측면을 종합적으로 고려한다[심사기준 IV. 6. 마. (1)]. 경쟁사업자에 대한 봉쇄효과가 시장에 실제 나타나기까지는 상당한 기간(산업 또는 위반행위의 특성에 따라 상이함)이 소요될 수 있음을 고려해야 한다[심사기준 IV. 6. 마. (2)].

예컨대, 화학비료 유통시장에서 상당한 점유율을 가진 회사(A)가 화학비료 제조업체들과 배타조건부 거래 계약을 체결하여 화학비료를 A에게만 공급하도록 한 경우, A회사 이외의 비료판매업체들이 화학비료 유통시장에서 봉쇄(배제)되는 효과를 초래한 경우가 여기에 해당할 수 있다.

“경쟁사업자의 비용 상승 효과”를 판단함에 있어서는, 당해 행위로 인해 경쟁사업자(잠재적 경쟁사업자 포함)의 비용이 상승하거나 또는 상승할 우려가 있는지 여부를 고려한다. 경쟁사업자의 비용이 인위적으로 상승하면, 시장지배적 사업자에 대한 경쟁의 압력이 저하되므로, 결과적으로 일정한 거래분야 또는 인접시장의 가격상승, 산출량 감소, 상품·용역의 다양성 제한, 혁신 저해 등과 같은 경쟁제한효과를 초래할 수 있다[심사기준 IV. 6. 바. (1)]. 경쟁사업자의 비용 상승 효과를 판단함에 있어서는, 당해 행위로 인해 경쟁사업자에게 효율적인 유통·공급경로가 차단되거나, 생산·유통에 필요한 적정한 자원확보가 방해되거나 인위적인 진입장벽이 형성되는 등의 사유로 인해 경쟁사업자가 이러한 장애를 극복하는데 상당한 비용과 기간이 소요되는지 여부를 고려한다[심사기준 IV. 6. 바. (2)].

예컨대, 자동차제조 회사가 자신이 직접 운영하는 직영판매점과 경쟁

관계에 있는 판매대리점(독립사업체)의 거점이전 승인을 지연·거부하거나 판매인원 채용등록을 지연·거부하여, 직·간접적으로 자신의 경쟁사업자인 판매대리점의 비용상승을 초래하는 경우에는 "경쟁사업자의 비용상승 효과"를 인정할 수 있다.

#### IV. 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용의 구별

한국의 법규와 규제 실무에 비추어 보면, 사업자가 거래상 우월적 지위가 있음을 이용하여 열등한 지위에 있는 거래상대방에 대해 일방적으로 물품 구입강제 등 각종 불이익을 부과하거나 경영에 간섭하는 것은 경제적 약자를 착취하는 행위로서 거래상대방의 자생적 발전기반을 저해하고 공정한 거래기반을 침해하므로 금지된다[심사지침 V. 6. (1)]. 거래상 지위는 관련시장의 독과점 구조와 무관하고, 계속적인 거래 관계의 존재와 일방의 타방에 대한 거래의존도에 따라 판단된다. 거래상 지위 남용행위의 위법성은 관련시장에서의 경쟁제한성에서 찾는 것이 아니라 공정한 거래질서의 저해에서 찾는 것이다.

중국 학계에서 거래상 지위 남용은 새로운 법리로서 도입할 필요가 없고 시장지배적 지위와 거래상 지위에는 본질적인 차이가 없고, 거래상 지위나 시장지배적 지위나 모두 지배적 지위의 표현형식에 불과하다고 보는 견해도 있고,<sup>362)</sup> 관련시장의 적절한 획정을 통해서 기존의 시장지배적 지위 남용규제로 거래상 지위 남용을 다분히 규제할 수 있다고 보는 견해도 있다.<sup>363)</sup> 예컨대, 특정한 브랜드의 자동차 제조사와 정비업체의 관계에서, 정비업체의 입장에서 거래처전환의 어려움을 고려하여 관련시장을 좁게 획정하는 경우 제조사의 거래상 지위는 시장지배적 지위에 해당할 수 있을 것이다.<sup>364)</sup>

362) 許光耀, 앞의 논문, 43면.

363) 王曉曄, 앞의 논문, 81면; 朱理, 앞의 논문, 33-34면.

그러나 제조사와 전속 대리판매점이나 전속정비업체의 거래 관계에서, 전속 대리판매점이나 전속정비업체의 입장에서 전환 가능성에 근거하여 관련시장을 획정한다면, 결국 제조사의 시장점유율은 100%가 될 수밖에 없을 것이고, 이를 근거로 언제나 시장지배적 지위 남용을 문제 삼게 되는 오류에 빠지게 될 것이다.<sup>365)</sup> 브랜드 내의 경쟁제한이란 사실상 거래상 지위 남용의 성격을 갖는 경우가 많을 것이다.<sup>366)</sup>

거래상 지위의 유무는 시장지배적 지위와 달리 관련시장의 독과점 구조와 무관하게 거래관계에서 경제력의 차이에 착안점을 두고 있다.<sup>367)</sup> 그리고 거래상 지위 남용행위 위법성의 유무도 시장지배적 지위 남용과 달리 관련시장에서의 경쟁제한성을 요하지 않는다.<sup>368)</sup> 거래상 지위 남용과 시장지배적 지위 남용의 규제목적이 서로 다르므로, 양 지위의 인정기준이 서로 다르고, 양 지위 남용의 위법성 판단기준도 서로 다르다. 따라서 거래상 지위남용과 시장지배적 지위남용은 서로 구별된 개념이다.

한편, “반독점법 개정에 관한 전문가 건의안”은 현재 반독점법 제3장 시장지배적 지위 남용에 거래상 지위 남용을 더 추가하여 제3장의 명칭을 ‘시장지배적 지위, 상대적 우월적 지위 남용’으로 변경하였다. 그리고 시장지배적 지위와 구별하여 거래상 지위의 인정은 거래관계에서 거래상 대방의 의존도에 착안하고 있다. 따라서 전문가들은 거래상 지위남용과 시장지배적 지위남용의 구별을 인식하여 거래상 지위남용규제를 새로운 제도로 반독점법에 도입하고자 시도하고 있는 것으로 볼 수 있다.

그러나 전문가 건의안 제22조(시장지배적 지위 남용행위)와 제23조(거래상 지위 남용)는 모두 일정한 남용행위를 열거하고 시장지배적 지위나 거래상 지위를 가진 사업자가 정당한 이유를 증명할 수 있으면 당해 행위가 금지되지 않는다는 형식으로 규정되어 있다. 그리고 제24조(정당한

364) 王曉暉, 앞의 논문, 81면.

365) 이봉의, 앞의 논문(2017), 166-167면.

366) 이봉의, 앞의 논문(2017), 167면.

367) 이봉의, 앞의 논문(2003b), 25면.

368) 이봉의, 앞의 논문(2004c), 676면.

이유(의 인정기준)에 따르면, 이 법 제22조, 제23조에서 말하는 “정당한 이유”를 인정함에 있어서, 아래와 같은 요소를 고려하여야 한다. 즉, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에는 같은 위법성 조각 사유를 적용한다는 뜻이다.

이른바 “정당한 이유”의 고려요소로서 ① 당해 행위가 경제적 효율성이나 사회공공이익에 미치는 영향, ② 당해 행위의 필요성, 즉, 당해 행위는 법령에서 규정한 행위인지 여부, 경제적 효율성이나 사회공공이익의 실현에 필수적인지 여부, ③ 당해 행위는 소비자에게 혜택을 가져올 수 있는지 여부, ④ 당해 행위는 관련시장에서의 실제 또는 잠재적 경쟁을 배제하거나 심각히 제한하는지 여부 등이 열거되고 있다.

결국, 반독점법 개정에 관한 전문가 건의안에 따르면 거래상 지위 남용행위의 위법성은 경쟁제한성에서 찾고 있는 것으로 보인다. “반독점법”이라는 법률명칭을 그대로 두고 제3장 시장지배적 지위 남용규제에 거래상 지위 남용규제의 내용을 더 추가하고, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위를 원칙적으로 금지하고, 시장지배적 지위 남용행위와 거래상 지위 남용행위에 대하여 동일한 정당한 이유 인정기준을 적용하는 건의는 시장지배적 지위 남용과 거래상 지위 남용 위법성 판단의 혼선문제를 품고 있는 것으로 보인다.

따라서, 반독점법에 거래상 지위 남용규제를 도입시키려면, 반독점법이라는 명칭이 한국 공정거래법처럼 “독점규제 및 공정거래에 관한 법률”로 개정할 필요가 있고, 거래상 지위 남용의 독자적 위법성 판단기준을 정립할 필요가 있을 것이다.

## V. 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개정 건의

### [표 2] 반독점법상 시장지배적 지위 남용규제의 개정 건의 대조표

---

현재	개정 건의
<p style="text-align: center;">반독점법 제1장 총칙</p> <p>제6조 시장지배적 사업자는 시장 지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다.</p> <p>.....</p> <p style="text-align: center;">제3장 시장지배적 지위 남용</p> <p>제17조 (제1항) 시장지배적 지위를 가진 사업자는 아래와 같은 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다.</p> <p>(1) 불공정한 고가로 상품을 판매하거나 불공정한 저가로 상품을 구매하는 행위</p> <p>(2) 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위</p> <p>(3) 정당한 이유 없이 거래 상대방과의 거래를 거절하는 행위</p> <p>(4) 정당한 이유 없이 거래 상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 하는 행위</p> <p>(5) 정당한 이유 없이 상품을 끼워팔기를 하거나 기타 불공정한 거래조건을 부과하는 행위</p>	<p style="text-align: center;">반독점법 제1장 총칙</p> <p><del>제6조 시장지배적 사업자는 시장 지배적 지위를 남용하여 경쟁을 배제·제한하여서는 아니 된다.</del></p> <p>.....</p> <p style="text-align: center;">제3장 시장지배적 지위 남용</p> <p>제17조 (제1항) 시장지배적 지위를 가진 사업자는 아래와 같은 시장지배적 지위 남용행위를 <u>함으로</u> <u>써 경쟁을 배제·제한하거나 소비자를 포함한 거래상대방을 착취하여서는 아니 된다.</u></p> <p>(1) 불공정한 고가로 상품을 판매하거나 불공정한 저가로 상품을 구매하는 행위</p> <p>(2) 정당한 이유 없이 비용보다 낮은 가격으로 상품을 판매하는 행위</p> <p>(3) 정당한 이유 없이 거래 상대방과의 거래를 거절하는 행위</p> <p>(4) 정당한 이유 없이 거래 상대방으로 하여금 오로지 자기 또는 자기가 지정하는 사업자와 거래하도록 하는 행위</p> <p>(5) 정당한 이유 없이 상품을</p>



<p>(6) 정당한 이유 없이 조건이 같은 거래상대방에게 거래가격 등의 거래조건에 차별 취급하는 행위</p> <p>(7) 국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위.</p> <p>(제2항) 이 법에서 사용하는 “시장지배적 지위”란……</p>	<p>끼워팔기를 하거나 다른 불공정한 거래조건을 부과하는 행위</p> <p>(6) 정당한 이유 없이 조건이 같은 거래상대방에게 거래가격 등의 거래조건에 차별 취급하는 행위</p> <p>(7) 국무원 반독점집행기구가 인정한 기타 시장지배적 지위 남용행위.</p> <p>(제2항) 이 법에서 사용하는 “시장지배적 지위”란……</p>
--	---

현재 중국 시장지배적 지위 남용의 위법성 판단에 관한 핵심적인 문제점은 반독점법 제1장(총칙) 제6조에 있는 것으로 보인다. 우선, 제1장 총칙에 있는 제6조 중의 “경쟁을 배제·제한”은 제3장(시장지배적 지위 남용) 제17조 제1항에서 열거하고 있는 “시장지배적 지위 남용행위”의 위법성 판단기준으로 적용될 수 있는지에는 불명확성이 있다. 실무에서 법원과 반독점집행기구는 반독점법 제6조를 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준으로 삼고 있다. 학계에서도 대체로 반독점법 제6조를 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준으로 보고 있다. 따라서 “반독점법 개정에 관한 전문가 건의안”은 현재 제1장 총칙에 있는 제6조를 제3장으로 옮긴 것으로 나타났다.

그러나 전문가 건의안에서 “경쟁을 배제·제한”(전문가 건의안 제20조 제1항)과 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위 남용행위를 하여서는 아니 된다고 규정하는 조항(전문가 건의안 제22조 제1항)은 여전히 분리되고 있다. 결과적으로 경쟁을 배제·제한하는 효과는 시장지배적 지위 남용행위의 위법성 판단기준에 해당하는지를 명시하는데 부족한 것으로 보인다.

또한, 시장지배적 지위 남용의 위법성을 "경쟁을 배제·제한", 즉, 경쟁 제한성으로 한정하는 것은 착취남용행위의 규제조항 및 규제 실무와 조화롭지 않은 측면이 있다. 시장지배적 지위 남용의 위법성을 판단하는 일반적인 기준으로서 경쟁을 제한하는 행위뿐만 아니라 거래상대방을 착취하는 행위도 포섭할 필요가 있다. 따라서 개선방안으로서 현재 제1장에 있는 제6조를 제3장으로 옮기고, 그 내용도 위 표와 같이 시장지배적 지위를 가진 사업자는 시장지배적 지위 남용행위를 함으로써 경쟁을 배제·제한하거나 소비자를 포함한 거래상대방을 착취하여서는 아니 된다는 식으로 개정하는 것이 바람직할 것이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 한국문헌

#### (1) 단행본

- 권오승 편, 「공정거래와 법치」, 법문사, 2004
- 권오승, 「경제법(제12판)」, 법문사, 2015
- 권오승 외 7인, 「독점규제법(제4판)」, 법문사, 2015
- 권오승·이원우, 「공정거래법과 규제산업」, 법문사, 2007,
- 권오승·서정, 「독점규제법 - 이론과 실무 - (제3판)」, 법문사, 2018
- 남천 권오승 교수 정년기념논문집 간행위원회, 「시장경제와 사회조화」, 법문사, 2015
- 서울대학교 경쟁법센터 편저, 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 법문사, 2010
- 신동권, 「독점규제법(제2판)」, 박영사, 2016
- 신현윤, 「경제법(제5전정판)」, 법문사, 2012
- 양명조, 「경제법강의」, 신조사, 2011
- , 「경제법[이론·판례·사례]」, 신조사, 2013
- 이기수·유진희, 「경제법(제9판)」, 세창출판사, 2012
- 이남기·이승우, 「경제법(제3개정판)」, 박영사, 2001
- 이호영, 「독점규제법(제4판)」, 홍문사, 2013
- 임상길 외4인, 「공정거래법판례연구」, 서울고등검찰청 송무부 공정거래 판례연구회 편저, 세경사, 2011
- 임영철, 「공정거래법-해설과 논점-(개정판)」, 법문사, 2008
- 정재훈, 「공정거래법 소송실무」, 육법사, 2015
- 한철수, 「공정거래법-시장과 법원리(증보판)」, 한국공정경쟁연합회, 2017
- 홍명수, 「경제법론 I」, 경인문화사, 2008

\_\_\_\_\_, 「경제법론 Ⅱ」, 경인문화사, 2010

\_\_\_\_\_, 「경제법론 Ⅲ」, 경인문화사, 2013

## (2) 논문

강상욱, “시장지배적 지위남용행위로서의 불이익 강제행위에 관한 소고”,  
「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016

강우찬, “EC조약 102조(시장지배적 지위 남용)에 관한 집행지침  
(Guidance Paper)에 대한 분석적 연구”, 「사법논집」, 제52집,  
법원도서관, 사법발전재단, 2011

강정희, “거래상 지위의 남용행위의 거래상대방에 따른 위법성 판단기준  
-대법원 2011. 5. 13. 선고 2009두24108판결-”, 「경쟁법연구」,  
제24권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2011

김건식·원세범, “거래상 지위남용 규제의 필요성 및 개선방안”, KOFAIR  
연구보고서, 한국공정거래조정원, 2017

김차동, “독점규제법에서 요건사실적 접근이 가능한지와 우월적 지위 남  
용행위의 요건사실 및 그 고려요소에 관한 검토”, 「판례연  
구」, 제17집(상), 서울지방법변호사회, 2003

박해식, “단독행위 관련 최근 판결에 대한 분석과 전망”, 「경쟁법연  
구」, 제29권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2014

변동열, “거래상 지위의 남용행위와 경쟁”, 「저스티스」, 제34권 제4호,  
한국법학원, 2001

서 정, “불공정거래행위의 사법상 효력”, 「민사판례연구」, 제31권, 민  
사판례연구회, 2009

\_\_\_\_\_, “배제남용행위의 위법성 판단기준”, 「공정거래법의 쟁점과 과  
제」, 서울대학교 경쟁법센터 편, 법문사, 2010

신동권, “시장지배적지위남용행위규제의 쟁점-공정거래위원회 심결 및  
법원 판결을 중심으로-”, 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 서울  
대학교 경쟁법센터 편저, 법문사, 2010

- 신영수, “판례에 비추어 본 거래상 지위남용 규제의 법리”, 「상사판례연구」, 제28집 제1권, 한국상사판례학회, 2015
- 양대권, “‘부당한 소비자이익의 현저한 저해행위’에 관한 고찰”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016
- 오승한, “에스케이이동통신의 휴대폰 폐쇄 DRM장착행위의 경쟁제한판단”, 「경쟁법연구」, 제28권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2013
- 윤상윤, “중국 반독점법상 시장지배적 지위 남용행위규제에 관한 연구”, 「한중사회과학연구」, 제11권 제2호 (통권 27호), 한중사회과학학회, 2013
- 이민호, “거래상 지위의 남용행위와 거래질서”, 「경쟁법연구」, 제34권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016
- 이민호·주현영, “시장지배적 지위 남용행위의 ‘부당성’에 관한 연구-판례를 중심으로”, 「사법」, 제1권 제22호, 사법발전재단, 2012
- 이봉의, “공정거래법상 방해남용의 위법성 판단기준 -거래거절을 중심으로”, 「법조」, 제52권 제10호, 법조협회, 2003
- \_\_\_\_\_, “거래상 지위남용으로서 불이익제공의 부당성”, 「경쟁저널」, 제94호, 한국공정경쟁연합회, 2003
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 수직적 비가격제한행위의 금지”, 「경쟁저널」, 제104호, 한국공정경쟁연합회, 2004
- \_\_\_\_\_, “독점적 사업자의 끼워팔기: 마이크로소프트사(MS)의 지위 남용을 중심으로”, 「법과 사회」, 제27호, 법과사회이론학회, 동성출판사, 2004
- \_\_\_\_\_, “불공정거래행위의 위법성-계약질서의 관점에서”, 「공정거래와 법치」, 권오승 편, 법문사, 2004
- \_\_\_\_\_, “포스코 판결과 방해남용의 향방”, 「경쟁저널」, 제140호, 한국공정경쟁연합회, 2008
- \_\_\_\_\_, “독과점시장과 착취남용의 규제 - 독점규제법 제3조의 제1항 1호를 중심으로”, 「경쟁법연구」, 제22권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2010

- \_\_\_\_\_, “시장지배적 사업자의 방해남용과 판례상 나타난 경제적 접근방법의 한계-남용규제에 대한 규범적 접근방법을 중심으로”, 「특별법연구」, 제10권(전수안 대법관 퇴임기념), 특별소송실무연구회 편저, 2012
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 방해남용의 해석과 경제적 접근방법”, 「시장경제와 사회조화」, 남천 권오승 교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, 2015
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 부당한 사업활동방해의 경쟁제한성 판단 - 현대·기아차 판결을 중심으로”, 「법학논문집」, 제41집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2017
- 이봉의·전종익, “독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익 저해행위” 금지의 위헌성 판단 - 명확성의 원칙을 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」, 제49권, 제3호, 통권 148호, 서울대학교 법학연구소, 2008
- 이영대·최경규, “시장지배적지위 남용행위 중 소비자이익저해행위에 대한 규제 방안”, 「경쟁법연구」, 제27권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2013
- 이 황, “공정거래법상 단독의 위반행위 규제의 체계 - 시장지배적 지위 남용행위로서의 거래거절행위의 위법성, 그 본질과 판단기준”, 「사법」, 제1권 제5호, 통권 5호, 사법발전재단, 2008
- \_\_\_\_\_, “포스코 판결 이후 시장지배적 지위 남용행위 판례에서 ‘부당성’ 판단의 경향과 전망”, 「행정판례연구」, 17-2, 박영사, 2012
- 정주환, “중국반독점법의 제정 과제: 한중 반독점법 비교”, 「법학논총」, 제33권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2009
- 조성국, “시장지배적 지위 남용행위에 대한 위법성 판단기준에 관한 연구 - 최근 대법원 판결을 중심으로 -”, 「경쟁법연구」, 제19권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2009
- 조혜신, “독점규제법상 방해남용에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2011

- \_\_\_\_\_, “독점규제법상 시장지배적 지위 남용행위 규제의 목적”, 「시장 경제와 사회조화」, 남천 권오승 교수 정년기념논문집 간행위원회, 법문사, 2015
- 주진열, “최근 독점규제법 주요 판례에 나타난 비교법경제학적 쟁점 분석”, 「경쟁법연구」, 제23권, 한국경쟁법학회 편, 법문사, 2011
- \_\_\_\_\_, “공정거래법상 경쟁제한성 요건의 증명방법에 관한 연구”, 「사법」, 제22호, 사법발전재단, 2012
- \_\_\_\_\_, “시장지배적 지위 남용 관련 SKT 멜론 온라인 음악 서비스 사건에 대한 비판적 고찰”, 「경쟁법연구」, 제32권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2015
- \_\_\_\_\_, “독점규제법상 거래상 지위남용 조항의 적용 범위에 대한 비판적 고찰”, 「고려법학」, 제78호, 고려대학교 법학연구원, 2015
- \_\_\_\_\_, “수요자의 배타조건부거래(구매)와 시장지배력 남용 문제-대법원 2009. 7. 9. 선고 2007두22078판결”, 「경쟁법연구」, 제34권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016
- 진병·김한신, “인터넷 경제 하에서의 시장지배적지위의 인정 - 중국의 “치후대 텅쑤QQ” 사건을 중심으로”, 「경쟁법연구」 제33권, 한국경쟁법학회, 법문사, 2016
- 차성민, “포스코의 열연코일 공급 거절 사건에서 부당성의 의미”, 「경제법판례연구」, 제5권, 경제법판례연구회, 법문사, 2009
- 한도율, “거래상 지위남용 규제의 의의”, 「기업법연구」, 제29권 제1호 (통권 제60호), 2015
- \_\_\_\_\_, “경쟁과 경쟁의 실질적 제한의 의의”, 「경쟁법연구」, 제38권, 한국경쟁법학회 편, 법문사, 2018
- 황태희, “거래상 지위 남용으로서의 불이익 제공행위의 부당성”, 「공정거래법의 쟁점과 과제」, 서울대학교 경쟁법센터 편저, 법문사, 2010
- \_\_\_\_\_, “소비자 이익 저해행위의 부당성 판단 기준”, 「공정거래법 판례선집」, 기업법연구회 편, 사법발전재단, 2011

- 홍대식, “우월적 지위의 남용행위의 위법성 판단기준-대상판결: 대법원 2000. 6. 9. 선고 97누19427 판결[공2000. 8. 1., 1657]-”, 「경쟁법연구」, 제7권, 한국경제법학회, 법문사, 2001
- \_\_\_\_\_, “불공정거래행위의 위법성 판단기준에 대한 재검토 : 보다 시장 친화적인 기준 정립을 위하여”, 2009년 상반기 LEG 연구보고서, 한국공정거래조정원, 2009
- \_\_\_\_\_, “시장지배적 지위 남용행위의 판단기준 개선방안”, 「경쟁법연구」, 제21권, 한국경제법학회, 법문사, 2010
- \_\_\_\_\_, “인터넷 플랫폼 시장에서의 경쟁법 적용을 위한 소비자 선택 기준”, 「경쟁법연구」, 제27권, 한국경제법학회, 법문사, 2013
- \_\_\_\_\_, “간격 좁히기: 국제 경쟁법으로의 수렴 또는 그로부터의 분산 - 한국 경쟁법상 단독행위 규제를 중심으로”, 「경쟁법연구」, 제31권, 한국경제법학회, 법문사, 2015
- 홍대식·정성무, “관련시장 획정에 있어서의 주요 쟁점 검토-행위 유형별 관련시장 획정의 필요성 및 기준을 중심으로”, 「경쟁법연구」, 제23권, 한국경제법학회, 법문사, 2011
- 홍명수, “시장지배적 지위 남용으로서 거래거절의 의의와 위법성 판단,” 「법학연구」, 제51권 제1호, 부산대 법학연구소, 2010
- \_\_\_\_\_, “독점규제법 위반행위에 있어서 주관적 요건의 검토”, 「경쟁법연구」, 제29권, 한국경제법학회, 법문사, 2014
- \_\_\_\_\_, “시장지배적 지위 남용행위와 불공정거래행위의 관계와 단독행위 규제체계의 개선”, 「경쟁법연구」, 제33권, 한국경제법학회, 법문사, 2016

## 2. 영문논문

- Adrian Emch, “Effects Analysis in Abuse of Dominance Cases in China- Is Qihoo 360 v Tencent a Game-Changer?”, 「Competition Law International」, Vol. 12 No. 1, 2016



- Long Dai, "Relevant Market Definition in U.S. Antitrust Law and the Alternatives of China", *Revue juridique Thémis* Vol. 45, 2011
- Pingping Shan · Guofu Tan · Simon J. Wilkie · Michael A. Williams, "China's Anti-Monopoly Law: What is the Welfare Standard?", *Review of Industrial Organization*, Volume 41, Issue 1-2, Springer, 2012
- Shi Jianzhong, "A Review of The Qualcomm Antitrust Case", 「China Legal Science」, Vol. 3, China Law Society, 2015
- Thomas K Cheng, "The PRC NDRC Case against Qualcomm: A Misguided Venture or Justified Enforcement of Competition Law?", 「Journal of Antitrust Enforcement」, Oxford University Press, 2016
- Xiao Fu & Guofu Tan, "Abuse of Market Dominance Under China's Anti-Monopoly Law: The Case of Tetra Pak", 「Review of Industrial Organization」, Volume 54, Issue 2, 2019
- Xingyu Yan, "Whither Antitrust Regulation of Loyalty Rebates in China: The Tetra Pak Decision and Lessons from the EU", 「World Competition」, Vol. 40, No. 4, Kluwer Academic Publishers, 2017
- Yong Huang & Xin Zhang, "The 3Q Case and the abuse of dominance analysis und China's Anti-Monopoly Law", 「Competition Policy International」, Vol. 11, No. 1, 2015
- Yong Lim & Yunyu Shen, "A Tale of Two Courts: Handling Market Definition in Abuse of Dominance Cases under Market Share-Based Statutory Power Presumptions in China and Korea", 「Competition Policy International, Antitrust Chronicle」, Vol. 2, 2015

### 3. 중문문헌

#### (1) 단행본

- 戴 龍, 「濫用市場支配地位的規制研究」, 中國人民大學出版社, 2012
- 全國人大常委會法制工作委員會經濟法室 編, 「中華人民共和國反壟斷法條文說明、立法理由及相關規定」, 北京大學出版社, 2007
- 尚 明, 「對企業濫用市場支配地位的反壟斷法規制」, 法律出版社, 2007
- 時建中, 「反壟斷法——法典釋評与學理探源」, 中國人民大學出版社, 2008
- 万 江, 「中國反壟斷法 理論、實踐与國際比較」, 中國法制出版社, 2015
- 王先林, 「競爭法學(第二版)」, 中國人民大學出版社, 2015
- 王曉曄, 「反壟斷法」, 法律出版社, 2011
- 徐士英, 「競爭政策研究——國際比較与中國選擇」, 法律出版社, 2013
- 种明釗 編, 「競爭法(第二版)」, 法律出版社, 2008

#### (2) 논문

- 陳 兵, “我國《反壟斷法》‘濫用市場支配地位’條款适用問題辨識”, 「法學」, 第1期, 華東政法大學, 2011
- , “反壟斷法實施与消費者保護的協同發展”, 「法學」, 第9期, 華東政法大學, 2013
- 戴 龍, “濫用相對優勢地位的法律規制研究——兼議反不正當競爭法(修訂草案送審稿)第6條的修改”, 「中國政法大學學報」, 第2期 總第58期, 中國政法大學, 2017
- 丁茂中, “反壟斷法的目標選擇及其功能优化芻議”, 「現代財經: 天津財經大學學報」, 第8期, 天津財經大學, 2011
- 江 帆, “競爭法的思想基础与价值共識”, 「現代法學」, 第41卷 第2期, 西南政法大學, 2019

- 焦海濤，“反壟斷法規制相對優勢地位的基础与限度”，「時代法學」，Vol. 6 No. 3, 湖南師範大學, 2008
- 侯利陽，“大歷史視角下的反壟斷法与本土化移植”，「交大法學」，第4期，上海交通大學出版社, 2018
- 黃勇·蔣瀟君，“互聯网產業中‘相關市場’之界定”，「法學」，第6期，華東政法大學, 2014
- 蘭 磊，“反壟斷法上消費者利益誤用批判(上)”，「競爭政策研究」，第5期，工業和信息化部電子科學技術情報研究所, 2016
- 李 劍，“‘家樂福’超市收費的法律分析」，「法學論壇」，Vol.19 No.5, 山東省法學會, 2004
- ，“相對優勢地位理論質疑”，「現代法學」，第27卷 第3期，西南政法大學, 2005
- 李 劍，“論反壟斷法的价值取向”，「法制与社會發展」，第1期，吉林大學, 2008
- 李俊峰，““忠誠折扣”的壟斷違法性判定-以利樂公司行政處罰案為材料”，「当代法學」，第2期，吉林大學, 2019
- 李小明，“反壟斷法中濫用市場支配地位法律問題研究”，中國政法大學 博士論文, 2005
- 劉貴祥，“濫用市場支配地位理論的司法考量”，「中國法學」，第5期，中國法學會, 2016
- 劉繼峰，“競爭法中的消費者標準”，「政法論壇」，第5期，中國政法大學, 2009
- 孟雁北，“濫用相對經濟優勢地位行為的反壟斷法研究”，「法學家」，第6期，中國人民大學, 2004
- ，“論禁止濫用市場支配地位行為的分析框架—以利樂反壟斷案為例”，「競爭政策研究」，第3期，工業和信息化部電子科學技術情報研究所, 2017
- 王先林，“論濫用市場支配地位行為的法律規制—《中華人民共和國反壟斷法(草案)》相關部分評析」，「法商研究」，第4期(總第120期)，中

- 南財經政法大學, 2007
- , “反不正當競爭法的修訂與競爭法體系的協調與銜接”, 「中國市場監管研究」, 第12期, 中國市場監督管理學會, 2017
- 王曉曄, “論濫用‘相對優勢地位’的法律規制”, 「現代法學」, Vol. 38, No. 5, 西南政法大學, 2016
- 文學國, “濫用與規制—反壟斷法對企業濫用市場支配地位行為之規制”, 中國社會科學院研究生院 博士學位論文, 2002
- 肖江平, “濫用市場支配地位行為認定中的‘正當理由’”, 「法商研究」, 第5期, 中南財經政法大學, 2009
- , “濫用市場支配地位規制中的正當理由抗辯之界說”, 「經濟法論壇」, 第17卷, 西南政法大學經濟法學科·西南政法大學經濟法研究中心, 法律出版社, 2016
- 許光耀, “‘相對優勢地位’與‘市場支配地位’的法理辨析—對「反不正當競爭法(征求意见稿)」第6條的不同闡釋», 「價格理論與實踐」, 第5期總第383期, 中國價格協會, 2016
- 徐孟洲, “論我國反壟斷法的價值與核心價值”, 「法學家」, 第1期, 中國人民大學, 2008
- 徐士英·唐茂軍, “濫用相對支配地位行為的法律規制研究”, 「東方法學」, 第3期, 上海市法學會, 上海人民出版社, 2008
- 徐新宇, “濫用知識產權反壟斷規制實踐與思考—以高通公司壟斷案為視角”, 「中國價格監管與反壟斷」, 第11期, 中國價格協會, 2015
- 顏運秋, “反壟斷法的終極目的及其司法保障”, 「時代法學」, 第6期, 湖南師範大學, 2005
- 楊文明, “濫用市場支配地位規制中的正當理由規則研究”, 「河南財經政法大學學報」, 第5期, 河南財經政法大學, 2015
- , “濫用市場支配地位規制中的正當理由抗辯研究”, 西南政法大學 博士論文, 2016
- 于立·吳續亮, “試析反壟斷經濟學的學科定位—兼評布西羅塞「反壟斷經濟學手冊」», 「經濟與管理研究」, 第4期, 首都經濟貿易大學, 2009

- 張永忠, “反壟斷法中的消費者福利標準: 理論確証与法律适用”, 「政法論壇」, 第31卷 第3期, 中國政法大學, 2013
- 鄭鵬程, “歐美反壟斷法價值觀探討—兼評「中華人民共和國反壟斷法(草案)第1條」”, 「法商研究」, 第1期, 中南財經政法大學, 2007
- 鄭文通, “我國反壟斷訴訟對‘濫用市場支配地位’的誤讀”, 「法學」, 第5期, 華東政法大學, 2010
- 朱 理, “濫用相對優勢地位問題的法律規制—虛幻的敵人与真實的危險”, 「電子知識產權」, 第6期, 信息產業部電子科技情報研究所·信息產業部電子知識產權諮詢服務中心, 2016

Abstract

A Study on the Abuse of  
Dominant Market Position under  
China's Anti-monopoly Law  
-Focusing on the Assessment of Illegality-

Qing Zhao

Department of Law, Competition Law

The Graduate School

Seoul National University

The present study was conducted on the criteria of determining illegality of 'abuse of dominant market position' listed in Chapter 3(Abuse of Dominant Market Position), Article 17, Paragraph 1 of the Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China(hereinafter referred to as "Anti-monopoly Law"). The Article stipulates that undertakings holding dominant market positions are prohibited from doing the following by abusing their dominant market positions, and lists a total of seven acts from Subparagraphs (1) to (7). Except 'selling commodities at unfairly high prices or buying commodities at unfairly low prices' of Subparagraph (1) and 'other acts of abuse of dominant market positions confirmed as such by the authority for enforcement of the Anti-monopoly Law under the State Council'

Subparagraph (7), Subparagraphs (2) to (6) specify ‘certain acts without justifiable reasons’.

According to Article 17 Paragraph 2, “for the purposes of this Law, dominant market position means a market position held by undertakings that are capable of controlling the prices or quantities of commodities or other transaction terms in a relevant market, or preventing or exerting an influence on the access of other undertakings to the market.” However, the Supreme People’s Court of China has decided that, even though the relevant market is not clearly defined, the market position of an undertaking and the effects of a conduct can be evaluated through direct evidence on the restriction of competition. Therefore, it should be reviewed if it is necessary to define the relevant market, recognize the exist of market dominant position and assess the anti-competitive effects in sequence.

On the other hand, Chapter 1(General Provisions) Article 6 of the Anti-monopoly Law stipulates that “Any undertaking holding a dominant position on the market may not abuse such position to eliminate or restrict competition.” Considering the actual examples of regulation, Article 6 has already been accepted as the criteria for examining the illegality of ‘Abuse of Dominant Market Position’. However, in the actual regulatory practices, there were even cases in which the court or regulatory authority reviewed such factors as the change in the market shares of the competing undertakings in the relevant market, situation of market entry and intensity of market competition in order to judge the illegality of an act and also were the cases in which the illegality was deduced from the unfairness of an act. Therefore, inconsistency has been found in the approach to the assessment of ‘eliminating or restricting competition’.

Furthermore, exploitative abuse may not be incorporated with the criterion of ‘eliminating or restricting competition’. Though the Chinese courts or regulatory authorities have not explicitly applied the expression of ‘exploitative abuse’ to the actual regulation examples, they have regulated exploitative abuse. Considering the reality in China where the exploitation of trading counterparts by monopolistic undertakings based on the law is still ubiquitous and the civil lawsuits filed by individual consumers against large enterprises account for a considerable portion of the entire anti-monopoly civil suits, it is necessary to specify the criteria for judging the illegality of exploitative abuse.

In addition, now there is a debate over the relationship between the abuse of dominant market position with the abuse of superior bargaining position in the Chinese academia. But, it is likely that the relationship may be discussed only when the criteria for judging the abuse of dominant market position can be fully understood.

Beginning with critical mind described above, the present study was conducted on the judgment of illegality of the abuse of dominant position to investigate ① whether it is necessary to define the relevant market, recognize the exist of dominant market position and access anti-competitive effects in sequence, ② what should be the proper criteria for judging the illegality of exploitative abuse, ③ how the criteria for judging the illegality of exclusionary abuse(“eliminating or restricting competition”) should be established; and ④ how to understand the relationship between the abuse of dominant market position and the abuse of superior bargaining position.

First, the regulation of the abuse of dominant market position need



to be conducted in the sequence of definition of relevant market, recognition of market dominant position and the judgment of abuse. It is because even the same act can have different competitive-political evaluation depending on whether it's actor has a dominant market position. In addition, a market where there is the dominant market position may be different from the market where the anti-competitive effects occur. For evaluating the anti-competitive effects, definition of a relevant market is also needed. If a relevant market is defined based on the scope where the anti-competitive effects occur, an unreasonable recognition of the anti-competitive effects could always happen at the relevant market. In addition, there should be a causal relation between the abuse of dominant market position and the anti-competitive effects, whether the anti-competitive effects actually occur would be affected by many factors including the abusive acts. It would not be appropriate to deny the present of a dominant market position or the illegality of an act of abuse based on the nonexistence of anti-competitive effects.

Second, as the exploitative abuse may be beneficial to competitors and facilitate competition, it usually occurs in a market where monopoly has been solidified and new entry is difficult. Accordingly, it is desirable to find out the illegality of the exploitative abuse not in the elimination or restriction of competition but in the excessive realization of monopoly profit or significant reduction of benefits of the dominant undertaking's trading counterparts. The criteria for judging the significance of the reduction of benefits of trading counterparts can be found in the decisions made by Korea's Supreme Court. It means that the significance in the reduction of benefits of trading counterparts shall be determined individually and specifically by comprehensively considering all situations such as the

characteristics of the relevant products or services, the scope of the trading counterparts whose benefits have been reduced, the trading conditions of other undertakings in similar markets, the degree of change of the cost spent by the market dominant undertaking before and after the alternation of the trading conditions, and difference between the price of the products or services and the economic value.

Third, the judgment on the illegality of the exclusionary abuse should be made based on the occurrence or the possibility of the occurrence of the effect of ‘eliminating or restricting the competition’. The criteria of judging the anti-competitive effects may be referred based on Korea’s 「Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position」, thus suggesting the increase of price or decrease of output, limitation of diversity of goods or services, impediment of innovation, foreclosure effect, and raising Rivals’ Costs as well as suggesting the related examples.

Fourth, in view of the laws in Korea and regulatory examples, an undertaking may abuses its superior bargaining position and exploits trading counterparts by imposing penalties, such as mandating purchase of products, or interfering with management decisions. Such acts are prohibited as they hurt independent growth of other undertakings and harm fair trade. The recognition of a superior bargaining position is not based on the monopolistic structure of the relevant market but on the existence of a continual trading relationship and the trading dependence of one trading partner upon the other. The illegality of abuse of superior bargaining position is not be found on the anti-competitive effects but on the undermining the foundation of fair trade by placing other parties involved in trade at a competitive disadvantage or hampering their ability to make free

decisions.

In conclusion, the core problems related to the judgment of the illegality of abuse dominant market position in China seem to originate with Chapter 1, Article 6 of the Anti-monopoly Law. The Article limiting the illegality of the abuse of dominant market position to the restriction of competition, is partially inconsistent with Article 17, Paragraph 1, which stipulates the prohibition of exploitative abuse. As a general provision about the illegality of the abuse of dominant market position, it needs to include not only the acts of “eliminating or restricting the competition” but also the acts which exploit trading counterparts. Accordingly, it would be desirable to move Article 6 of Chapter 1 to Chapter 3 and revise the provision in a way that any undertaking holding a dominant market position shall neither eliminate or restrict competition nor exploit trading counterparts, including consumers, by abusing such position.

**Keywords :** Anti-Monopoly Law, dominant market position, superior bargaining position, exploitative abuse, exclusionary abuse, anti-competitive effects

***Student Number :*** 2013-30794